

# A Efetividade do Direito Internacional Ambiental

Ana Flávia Barros Platiau  
Marcelo D Varella  
(Orgs.)

Série  
Direito Ambiental  
Volume 5



# Efetividade do direito Internacional do meio ambiente

Ana Flávia Barros-Platiau  
Marcelo Dias Varella  
(orgs.)

UniCEUB  
2007

ISBN 978-85-61990-01-5

Os Artigos aqui publicados podem ser reimpresos, total ou parcialmente, desde que seja consignada a fonte de publicação original.

Cet ouvrage, publié dans le cadre d'aide à la publication, bénéficie du soutien du Ministère Français des Affaires Étrangères.

A publicação desta obra contou com o apoio do Ministério Francês das Relações Exteriores.

## EXPEDIENTE

### Capa

Roberto de Azevedo Vieira

### Revisão

Departamento de Comunicação do UNICEUB

### Editoração Eletrônica

Rodrigo Varella

E27 A Efetividade do Direito Internacional Ambiental / Ana Flávia Barros-Platiau, Marcelo Dias Varella organizadores.-Brasília: Ed. UNICEUB, UNITAR e UnB, 2009

316p.

ISBN 978-85-61990-01-5

1.Direito Internacional Ambiental I. Barros-Platiau, Ana Flávia II. Varella, Marcelo Dias

CDU 349.6

Ficha Cartográfica Elaborada por Eunice de Oliveira CRB 10/1491

# SUMÁRIO

## APRESENTAÇÃO

Este trabalho é resultado de dois anos de pesquisa em rede, envolvendo, principalmente, pesquisadores do Centro Universitário de Brasília, do Instituto de Relações Internacionais da Universidade de Brasília e da Universidade d'Aix-en-Marseille III, financiado pelo Programa Capes-Cofecub. Contou, também, com pesquisadores da Universidade de Paris I, Panthéon-Sorbonne e da Universidade Complutense de Madri, da Universidade Federal de Santa Catarina e da Universidade de Limoges. O tema central de pesquisa era avaliar o processo de construção do direito internacional ambiental com uma lógica própria, diferente daquela que se nota no direito internacional econômico e no direito internacional humanitário, outros dois ramos que se expandiram bastante nos últimos anos. O direito internacional do meio ambiente possui uma quantidade mais importante de gradações de valor normativo, abrangendo da produção de tratados com baixíssimo nível de cogência aos que prevêem sanções contra Estados não partes. Esse fenômeno peculiar caracteriza seu processo de formação desde o início do século XX, sem regularidade nem linearidade, e acentua-se, sobretudo, depois da rápida expansão do direito internacional, após os anos 90.

Para desenvolver a pesquisa conjunta, traçamos uma metodologia comum, com a eleição de categorias a serem utilizadas pelas equipes brasileira e francesa. O objetivo era possibilitar produzir trabalhos comparáveis. Assim, identificamos na teoria jurídica os conceitos de existência, validade, eficácia e efetividade de normas e pensamos em como aplicar esses conceitos, pensados para o direito interno, ao direito internacional do meio ambiente. Em seguida, delimitamos alguns tratados a serem estudados pelos professores e estudantes de doutorado, mestrado e graduação, a saber: a Convenção sobre o tráfico de animais ameaçados de extinção (CITES), o Protocolo de Quioto sobre mudanças do clima, o Protocolo de Cartagena sobre organismos vivos modificados, a Convenção da Basiléia para o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e a Convenção de Nova Iorque sobre a utilização dos rios internacionais.

As equipes reuniram-se em diferentes ocasiões, um seminário internacional foi realizado em Brasília, e alguns textos foram selecionados para compor o presente livro. O primeiro capítulo, produzido por Gabriela Lima e Andréa Azevedo, apresenta os conceitos utilizados no livro, sobre análise de efetividade de normas jurídicas, à luz de determinados autores como Pontes de Miranda, Kelsen, Miguel Reale, Tércio Sampaiz Ferraz Júnior, Bobbio, Luis Roberto Barroso, Dworkin, Rawls e outros bons autores nacionais e estrangeiros.

O segundo capítulo, produzido por Marcelo D. Varella, analisa a aplicação dessas categorias de uma forma ampla, apresentando ponderações em relação aos tratados que serão discutidos ao longo do livro. O objetivo desse artigo é fazer uma apresentação geral da metodologia e das formas de aplicação aos diferentes tratados, o que é feito, com maior profundidade, em cada um dos capítulos específicos, sobre cada tema.

Os dois capítulos seguintes trabalham o tema da CITES, no Brasil e na França. O capítulo brasileiro, elaborado por Carla Patrícia Lopes, discute o problema da efetividade da Cites em função de um Estado exportador de animais silvestres. O capítulo francês, escrito por Marie Pierre Lanfranchi, desenvolve o tema sob a lógica de um Estado importador, com o objetivo de ligar os dois lados do tema.

Isso é feito em relação aos organismos vivos modificados, avaliando-se a percepção e a efetividade no Brasil, um Estado exportador de soja transgênica, e na França, um dos Estados mais preocupados com a rápida expansão da oferta de organismos transgênicos, em detrimento da produção convencional. O capítulo brasileiro é produzido por Carina Oliveira, enquanto o capítulo francês, por Estelle Brosset e por Eve Truillé-Marengo. Esses dois textos são complementados por um terceiro, que consideramos importante, sobre a análise da interpretação da Organização Mundial do Comércio relativa à aplicação do Protocolo de Cartagena, ou seja, como a possibilidade de efetividade de um tratado multilateral ambiental é potencializada ou restringida por um outro subsistema jurídico internacional, o que é desenvolvido por Justo Cortí Varela, da Universidade Complutense de Madri.

O bloco seguinte discute a efetividade do Protocolo de Quioto e de Montreal, trabalho desenvolvido por Guilherme do Prado Lima e Larissa Villarroel. Os capítulos subseqüentes, produzidos por Leonardo Thompson Flores e Henrique Vitali, discutem o tema no contexto brasileiro. O objetivo é demonstrar a efetividade do tratado em função dos objetivos traçados no próprio tratado (efetividade jurídica), e não a efetividade do tratado em relação ao problema ambiental, mesmo porque o próprio tratado não fixa como objetivo resolver o problema ambiental, mas, apenas, constituir uma primeira etapa à busca da solução. Eis, aqui, um exemplo de particularidade do direito internacional ambiental.

O tema águas internacionais é desenvolvido por Alice Rocha da Silva e Julia Knijnik Baumvol, doutorandas brasileiras na França. Muito embora a Convenção de Nova Iorque de 1997 ainda não esteja em vigor, é interessante notar a forma de aplicação das categorias aos tratados *in abstracto*, para compreender sua eficácia e seu potencial de efetividade na solução de um problema ambiental.

Por fim, consideramos importante fazer uma análise transversal da visão dos tribunais europeus sobre a questão em relação à efetividade das normas internacionais. O tema é desenvolvido por José Antônio Tietzmann e Silva, também doutorando brasileiro na França.

Marcelo Dias Varella  
Ana Flávia Barros-Platiau

The background of the book cover is a composite image. On the left, there is a vertical strip of brown, cracked earth. The rest of the cover features a photograph of a large, flat-topped iceberg floating in blue water under a clear blue sky.

# A Efetividade do Direito Internacional Ambiental

## Capítulo 1

### CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE EFETIVIDADE NO DIREITO

Andrea Azevedo e Gabriela Lima



# CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE EFETIVIDADE NO DIREITO

Andrea Azevedo<sup>1</sup>  
Gabriela Lima<sup>2</sup>

## 1.1 Introdução

A discussão da efetividade no campo do Direito emerge para o estudo da efetividade da norma propriamente dita, por ser o instrumento para coordenar a vida em sociedade. Diante disso, denotamos para a relevância da investigação da efetividade da norma em todas as suas dimensões, assim definidas até por uma questão de didática: existência, validade, eficácia e efetividade. Mas, para a delimitação desses planos, se faz pertinente identificar a visão da efetividade sob a óptica positivista e pós-positivista, que são de grande importância para os quesitos que hoje conhecemos da efetividade da norma.

Assim, a hipótese principal da apresentação guia-se por meio de uma demonstração breve sobre as principais correntes do Direito, a importância das novas visões sobre o direito no estudo integrado entre as ciências sociais para a compreensão da realidade. Aqui, especificamente, abre-se espaço, também, para a análise da efetividade dos tratados internacionais.

A partir dessa premissa, parte-se da exposição das correntes tradicionais do direito positivista, dominante, até hoje, no meio jurídico, para a exposição das correntes pós-positivistas, heterodoxas, que refletem a necessidade de flexibilização dos conceitos positivistas, dada a dificuldade latente dessas teorias em oferecer uma visão mais coerente de fenômenos sociais complexos, como, por exemplo, a realidade internacional.

Das frentes mais conservadoras do positivismo jurídico até as correntes contemporâneas, ligadas, sobretudo, à filosofia analítica, podemos buscar, por meio desses conceitos, fundamentos que nos permitam compreender melhor os discursos do Direito. De início, como corrente principal desde o começo do século, uma análise à luz do positivismo jurídico é mais pertinente. Fixados os pressupostos mais importantes, segue-se a análise do conceito de norma pelas correntes pós-positivistas do direito.

<sup>1</sup> Estudante do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

<sup>2</sup> Estudante e pesquisadora do Grupo Internacionalização dos Direitos do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

## 1.2 A Norma Jurídica e o Positivismo

Para uma compreensão inicial, ressalta-se a realidade jurídica da norma: a norma, compondo o ordenamento jurídico que constrói o Direito existe diante da demanda por uma exigência essencial de uma convivência ordenada. Nenhuma sociedade, entendida como um sistema de relações, em que o comportamento é uma forma de comunicação<sup>3</sup>, poderia subsistir sem um mínimo de ordem, e o direito é uma resposta ao anseio de organização.

Realça-se que o fundamento dessa ordem reguladora se faz presente na própria sociedade, nos valores institucionalizados, em conformidade com os interesses sociocultural e econômico que dominam, legitimados pelo costume, pela ética, comportamento predominante daquela sociedade; o que aquele grupo considera legítimo, ético e aceitável num comportamento. Àquele a quem a norma é destinada resta acatá-la ou não. Dessa forma, o fato de a norma dirigir-se a alguém não quer dizer que ele obedecerá a ela, mas sim que lhe deve obedecer, ajustando a sua moral a um critério ético<sup>4</sup>.

Nesse aspecto, a norma enuncia um dever ser, porque nenhuma regra descreve algo que é, pois é o direito instrumento de organização e não de descrição dos fatos. A realidade do dever ser é uma construção cultural organizadora normativa, na qual fatos e valores se integram<sup>5</sup>. Nesse panorama, para a construção da realidade jurídica efetiva, exige-se uma integração dos problemas axiológicos, históricos, econômicos e sociais, essenciais para a adequação do direito à realidade<sup>6</sup>.

O discurso positivista tem como base as idéias democráticas refletidas na teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu. Cabe, nesse sentido, ao poder legislativo, expressando a vontade do povo, criar normas, pondo-as frente a uma convenção social que expressa a aceitação. A função dos juizes é simplesmente aplicá-las, ensejando então a segurança necessária à manutenção da ordem na sociedade. No contexto histórico do positivismo, a ordem burguesa<sup>7</sup>.

De modo ilustrativo, Miguel Reale explica que a ênfase dada ao aspecto formal da norma resultou dos anseios sociais vigentes à época, em conformidade com as estruturas jurídicas do Estado de Direito daquele momento, em que a sociedade era modelada pelo individualismo liberal dominante da cultura burguesa, século IX.

3 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988. p. 101.

4 PACZKOWSKI, Homar. *Norma fundamental única & teoria do direito de Kelsen: conceito e fundamentação meta-jurídicos*. Curitiba: Juruá Editora, 2002. p. 151.

5 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. ajustada ao novo Código Civil, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 95-96.

6 REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 8-14.

7 COSTA, Alexandre Araújo. *Introdução ao direito: uma perspectiva zetética das ciências jurídicas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p.271.

Os estatutos constitucionais eram fundados nos princípios da liberdade política e da autonomia da vontade, e, como meio de garantia e segurança jurídica para proteger tais princípios, a imagem do direito era baseada na certeza objetiva da lei. Era a objetividade e segurança jurídica provinda da letra da lei que valorava o padrão do direito<sup>8</sup>.

Nesse aspecto, partindo da convicção essencial da ligação da realidade socioeconômica dos modelos jurídicos legais, o aspecto axiológico da lei era sua objetividade e segurança jurídica, o que levava a problemática da validade a transparecer, era a sua confecção formal e objetiva a garantia de que os direitos fundamentais nela descritos poderiam ser exercidos. Isso fez os juristas desdobrarem-se no estudo dos requisitos da obrigação dos preceitos, desde a constituição dos órgãos legislativos até à formulação legislativa competente para tal preceito<sup>9</sup>.

### 1.2.1 Existência

No discurso da existência da norma jurídica, seria essa sua primeira dimensão, vale ressaltar, pois, não são todos os atos da vida humana que precisam de regulamentação; as estruturas sociais são formadas por atos não regulados por lei e por atos que foram regulamentados, existindo no mundo jurídico, formando um conjunto de interações. Justamente pelo anseio de ordem na sociedade, em caso de conflito entre esses atos, prevalecem aqueles prescritos<sup>10</sup>.

O que revela o caráter jurídico da norma é a sua institucionalização, de forma que a norma passa a ter um aspecto de autoridade e obrigatoriedade. É a sua inserção no sistema disciplinar legitimado pela sociedade. Sendo assim, a institucionalização de um comportamento é reflexo do que a sociedade espera e impõe aos cidadãos, como atitude aceita nas relações integrativas sociais<sup>11</sup>.

Os aspectos de existência e validade da norma estão intimamente relacionados, pois, ao verificar sua validade, se analisa a regularidade da sua existência enquanto norma jurídica; se a regra preenche os requisitos para ser válida juridicamente ou se sequer existe para o mundo jurídico, sendo incapaz de produzir efeitos normativos<sup>12</sup>.

8 REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 16.

9 Idem, *ibidem*.

10 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. cit. p. 103.

11 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. cit. p. 106.

12 BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, apresentação Alaôr Caffé. São Paulo: EDIPRO, 2001. p. 46.

### 1.2.2 Validade

Na dogmática até então apresentada, para os doutrinadores positivistas, estando existente no mundo jurídico, investiga-se a validade formal de uma norma. Tem-se que uma norma será válida se o processo de produção normativa for cumprido, para, então, estar inserida no ordenamento jurídico.

Explica Norberto Bobbio que, para a averiguação da validade formal da norma, como regra pertencente a um determinado sistema, é necessário verificar a regulamentação de todos os aspectos do processo normativo: se a autoridade de quem ela emanou tinha o poder legítimo para emanar normas jurídicas, e se a norma e a competência para institucionalizá-la são congruentes com a norma fundamental do seu ordenamento jurídico; e se a norma ainda é válida em seu aspecto temporal, ou seja, se seu prazo estabelecido exauriu, ou se foi revogada por outra, ou se passou a ser incompatível com outras normas do sistema<sup>13</sup>.

Tecnicamente, estando integrada no ordenamento jurídico, a norma é válida desde a sua publicação até a sua revogação ou até o prazo que a própria norma estabeleceu para sua validade; diz-se, então, que a norma é vigente. Vigência é o termo com o qual se demarca tempo, validade e obrigatoriedade de uma norma<sup>14</sup>.

Os momentos de validade e vigência de uma norma podem ou não coincidir. A vigência, segundo o jurista FERRAZ Junior, demarca o tempo de validade de uma norma, estabelecendo que ela já pode ser invocada para produzir efeitos. O jurista remete à interpretação do artigo 1ª da Lei de Introdução do Código Civil, que determina que, salvo disposição em contrário, uma lei começa a vigorar quarenta e cinco dias após sua publicação oficial. Durante os quarenta e cinco dias, a lei é válida, porém, não pode ser invocada para produzir seus efeitos<sup>15</sup>.

Nesse sentido, o autor, ainda, esclarece a diferença entre vigência e vigor de uma norma. Enquanto a vigência demarca o tempo de validade de uma norma, estando esta em vigor, ela determina uma força de comando, seus efeitos propriamente ditos<sup>16</sup>.

Tem-se, até então, que, por um ato legítimo do legislador, a norma passa a existir no mundo jurídico; verifica-se sua validade formal por ter sido ou não constituída conforme os moldes adequados, que, no nosso ordenamento jurídico, por exemplo, estão corroborados na Constituição Federal. Uma vez corretamente constituída, o tempo delineado para sua incidência é a discriminação de sua vigência. Ao estar apta para produzir seus efeitos, a norma passa a vigorar.

13 BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 47.

14 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. cit. p. 180.

15 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. cit. p. 180.

16 Idem, ibidem.

### 1.2.3 Eficácia

Para que a norma seja obrigatória e, mesmo, compulsória, diferenciando-se, de maneira geral, das normas não jurídicas, é indispensável que ela seja válida. Mais objetivamente, em uma posição didática, Miguel Reale observa que a validade pode ser vista sob três aspectos, validade formal ou técnico-jurídica (vigência), validade social (eficácia) e validade ética (fundamento)<sup>17</sup>, os quais dizem respeito, inclusive, às dimensões da efetividade da norma, ponto que estamos abordando.

Superado o entendimento da certificação da validade formal de uma norma, de modo a verificar sua efetividade, ou seja, verificar se os destinatários daquela norma a estão obedecendo, é preciso, ainda, auferir sua real capacidade de produzir seus efeitos no mundo dos fatos. Faz-se necessário averiguar se a norma é adequada à realidade, se é congruente com os valores que a fundamentam, ou seja, importa saber se ela tem condições fáticas e técnicas de atuar<sup>18</sup>.

O jurista brasileiro Pontes de MIRANDA, seguindo, ainda, a linha do pensamento positivista, associa diretamente o conceito de validade ao de eficácia. Sua análise estabelece que o ordenamento jurídico só atribui validade ao ato jurídico correspondente a suporte fático que seja suficiente e eficiente<sup>19</sup>.

Entre validade e eficácia, pode-se dizer que o defeito em um ato jurídico não se confunde com a impossibilidade desse de gerar efeitos. Enquanto a validade se refere ao momento em que o suporte fático se torna ato jurídico, a eficácia será a produção da juridicidade desse mesmo fato<sup>20</sup>.

Conforme já ressaltado, o Direito, como meio de organização de uma sociedade, persegue certos fins e representa os valores. Dessa forma, identificar, no plano da validade da norma jurídica, se esta está ou não de acordo com os fundamentos que a rodeiam equivale a perguntar se ela é ou não é apta para realizar esses valores. Quanto maior o grau de adequação de uma norma à realidade na qual se insere, maior o grau de sua eficácia, ou seja, maior será a possibilidade de obediência a ela.

Explica Norberto Bobbio que é a eficácia valorativa da norma, um aspecto do contraste entre o mundo ideal e o mundo real, entre o dever ser e o que é: norma justa é aquela que deve ser<sup>21</sup>. Sua congruência com os valores da sociedade reflete no exame da correspondência da norma com os fundamentos que nortearam sua criação; é o caráter ético dos imperativos jurídicos, o exame da justiça ou injustiça do

17 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27.ª ed. ajustada ao novo código civil, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 105.

18 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. cit. p. 181.

19 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. v. IV, p. 35.

20 MIRANDA, Pontes de. Op. cit. p.49.

21 BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 46.

comportamento exigido, de sua legitimidade<sup>22</sup>.

Nesse panorama, a validade de uma norma é limitada pela questão da legitimidade. A norma legítima corresponde aos interesses da sociedade, construídos pelo costume, o qual alimenta a norma fundamental de um ordenamento e se personifica no espírito da Constituição vigente naquele ordenamento. Assim, se o costume de um povo mudar, a norma fundamental perderá sua validade, e outra será criada. Um processo evolutivo de reconhecimento e de imposição de novos anseios sociais refletirá em novas regras de direito que serão válidas e invalidarão as antigas, revogando-as<sup>23</sup>.

Como expõe Kelsen, a eficácia é condição da validade, mas é por ela condicionada, no sentido de estabelecer que o agir eficazmente, para ser válido, deve estar de acordo com aquela norma fundamental, no caso de norma singular. Uma Constituição efetivamente posta e globalmente eficaz diz respeito ao ordenamento como um todo, e aqui temos, necessariamente, que a validade do ordenamento está ligada à eficácia da ordem jurídica. Se a Constituição perde sua eficácia, a ordem jurídica que nela se apóia perde, inevitavelmente, a validade<sup>24</sup>.

Na vertente de Hans Kelsen, um dos principais doutrinadores positivistas, a averiguação da correspondência da norma com os fundamentos que a norteiam coloca-se na discussão da validade, a qual está limitada à conduta do indivíduo, condutas estas que a norma deve fixar. A conduta é a essência do que é normatizado; dentro da perspectiva kantiana do dever ser como intervenção na realidade baseada na prescrição, essa estrutura tem base na separação entre o deontológico, o dever-ser expresso pela norma, e o fático, o ser, parte da realidade descritível<sup>25</sup>.

Dessa forma, é importante que se tenha uma norma regular no seu aspecto de existência e de validade formal, mas, no tocante a sua eficácia e efetividade, é essencial investigá-la, com o propósito de avaliar a necessidade de alterações, para que a norma cumpra sua função.

Tem-se, assim, que o fundamento da norma representa os anseios socioculturais e econômicos da sociedade em que se insere; a norma é válida e eficaz quando é congruente com esses valores, que são legitimados na Constituição adotada por cada país. A norma que corresponde aos valores dominantes da sociedade terá uma maior probabilidade de aceitação social e, por conseguinte, de produção dos seus efeitos, o que reflete na sua real efetividade, isto é, na real produção dos efeitos para o qual foi

22 REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 2. ed. revista e atualizada. Saraiva, São Paulo, 1979. p. 15.

23 PACZKOWSKI, Homar. *Norma fundamental única & teoria do direito de Kelsen: conceito e fundamentação meta-jurídicos*. Curitiba: Juruá Editora, 2002. p. 231-232.

24 Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 236.

25 Essa diferenciação é a base para que se estruture, no direito, a noção de imputação, substituindo o conceito de causalidade no estudo das relações jurídicas, cujo sentido é esclarecer que as consequências ligadas ao direito e à norma, enquanto mediadora, estão não num plano fático, mas num plano deontológico. Para mais, ver Kelsen, *Teoria pura do direito*, p.86 e Kelsen, *Teoria geral do direito e do Estado*, p.133.

criada.

Atos eficazes são aqueles que são aptos a produzir efeitos, por definição, capazes de atingir a finalidade para a qual foram gerados. Eficácia é qualidade da conduta efetiva dos homens, enquanto validade se refere a uma qualidade do direito<sup>26</sup>.

#### 1.2.4 Efetividade

Não obstante estar a norma apta para a produção de seus efeitos, sendo essa aptidão caracterizada por sua congruência técnica (validade formal), bem como por sua congruência valorativa (fundamento), isso não significa que eles realmente ocorrerão; a efetividade da norma diz respeito, também, à sua correspondência com a realidade.

O problema da efetividade da norma é a questão de ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida e, no caso de violação, se ela é imposta por meios coercitivos pela autoridade que a evocou. Para isso, é preciso que a norma esteja adequada à realidade. Nesse contexto, faz-se mister estudar o comportamento dos membros de determinado grupo social em um âmbito histórico e sociológico; a eficácia da norma reflete na sua aceitação pela sociedade (se está adequada à realidade), e não em sua validade formal apenas.<sup>27</sup>

A efetividade é o passo para além do mundo jurídico, sendo a realização do direito no desempenho concreto de sua função social. Diferindo da eficácia jurídica, está a efetivação do comando normativo na sociedade, que depende, ainda, dessa característica formal para incidir e reger as situações concretas, desenvolvendo os efeitos que lhe são atribuídos<sup>28</sup>.

Dessa forma, pode-se concluir que, para que realmente uma norma seja efetiva, é preciso, primeiro, que ela seja dotada de sua validade formal, valorativa e dotada de eficácia, isto é, esteja regularmente aperfeiçoada como e enquanto norma jurídica, em conformidade com os valores reconhecidos socialmente, e adequada à realidade na qual se insere. Se algum desses requisitos estiver viciado, restará prejudicada a efetividade da norma.

Nesse panorama, o discurso da efetividade recai para o campo do pós-positivismo da norma jurídica, em que o direito se movimenta para os anseios sociais que não mais priorizam ao exagero o aspecto da validade formal da norma. Percebe-se

26 KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.55.

27 BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 47-48.

28 BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da constituição brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p.84.



a presença e a aceitação mais ampla de um estudo da efetividade desde o momento em que ocorra uma maior associação com a realidade em si e a correspondência da norma para com ela.

### 1.3 A Norma Jurídica e o Pós-Positivismo

O pós-positivismo apresenta-se, sobretudo, como uma crítica ao formalismo jurídico positivista, buscando tanto considerar aspectos da realidade quanto revisitar os aspectos axiomáticos da construção do direito.

O direito deveria ser pensado com base em sua função na sociedade, em princípios e regras que trouxessem, mais uma vez, as discussões sobre valores suprapositivos enquanto base da unidade do sistema jurídico. O constitucionalismo moderno e a teoria dos direitos fundamentais são reflexos dessa virada teórica no estudo do direito.

Em resposta às construções do positivismo normativista, surgem diversas correntes que assumirão o estudo das normas jurídicas apoiando-se em premissas que considerarão a influência direta de outros fenômenos sociais na forma como os operadores do direito entendem e trabalham essas normas. Indo além das limitações que o cientificismo dessa teoria impõe, outras perspectivas filosóficas e epistemológicas originam a busca por reconhecimento de valores sociais comuns, cruciais para entender o funcionamento dinâmico da sociedade, sobretudo da sociedade internacional.

Como podemos perceber, todo o estudo sobre a norma sob uma ótica positivista define as questões sob a premissa da validade. E é justamente em relação a esse ponto central que as correntes pós-positivistas do direito discutem e divergem do pensamento positivista-normativista, enfatizando, principalmente, as questões de efetividade dessas normas, indo além do formal. Essa afirmação é reiterada, como posto na palestra proferida pela professora Estelle Brosset e pela pesquisadora Eve Truillé-Marengo, pela característica contraditória própria do direito ambiental internacional, em que não há presunção de uma “vontade geral” constitutiva das regras vigentes.

Ronald Dworkin, John Rawls e Jürgen Habermas foram os autores estudados nessa breve exposição. Dworkin trabalha, principalmente, na perspectiva do direito como acordo sobre quais práticas sociais devem ser interpretadas a partir dos princípios – não apenas jurídicos, mas, sobretudo, princípios formados no convívio social – fundamentais eleitos pela comunidade como os seus. Esse processo de desenvolvimento construtivo deve adequar esses princípios, coerentemente, a essa interpretação do direito.



A efetividade, nesse sentido, está estritamente ligada à questão dos princípios, muito coerente se pensarmos que grande parte dos tratados vigentes abrangem essas construções e que elas podem ser uma medida pertinente de efetividade. Os princípios designam padrões que não são regras em sentido geral, não se encaixam numa lógica automática da validade. Eles funcionam como caminhos argumentativos, que são levados ou não em conta no momento de uma decisão, considerando-se a importância da força relativa de cada um desses princípios envolvidos quando se toma uma decisão num dado sistema legal. Seguindo essa linha de argumentação, queremos mostrar que os princípios não podem ser submetidos a um teste de validade como modelo positivista<sup>29</sup>, e, assim, dar um argumento mais próximo de uma perspectiva de sociedade na qual não haja o monopólio coercivo formal configurado como um Estado.

Assim, vemos que o direito vai além de um sistema de regras baseado num teste fundamental, levando-nos a deixar de lado aspectos importantes dos padrões da realidade que não são regras, mas princípios, políticas e outros tipos de padrões<sup>30</sup>.

Continuando a desenvolver a hipótese de um padrão de avaliação de efetividade mais coerente, temos o exemplo da Justiça como pressuposto de validade. A partir de uma concepção partilhada de justiça, que se conforma a uma carta fundamental para uma associação humana bem ordenada, temos uma realidade na qual os indivíduos, limitados pelo desejo geral de justiça, não mais estariam compelidos a realizar cálculos sobre interesses sociais. As concepções de justiça especificariam direitos e deveres básicos e determinariam as partes distributivas apropriadas para a sociedade.<sup>31</sup>

A justiça que se procura em Rawls é a justiça social, que determina a estrutura básica da sociedade. Essa estrutura é a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes, em termos políticos e econômicos, distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social.<sup>32</sup>

Um argumento importante na defesa dessa análise da efetividade que leve em consideração padrões de validade fora das estruturas formais do positivismo é a importância da comunicação na teoria dos princípios e nas teorias da justiça. Nesse ponto, tomamos a teoria do agir comunicativo, de Jürgen Habermas, para desenvolver alguns pontos sobre o tema.

Trabalhando para além da idéia de razão prática e teórica da filosofia aristotélica e kantiana, Habermas estabelece um outro tipo de razão, a comunicativa. Esta baseia-se na substituição da pretensão da razão prática de orientar o indivíduo em seu agir – com o direito natural configurando normativamente a ordem política e social

29 DWORKIN, Ronald. Op. cit. p.58.

30 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.36.

31 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 3.

32 RAWLS, John. Op. cit. p.13.

– por uma razão mediada pela linguagem, onde a comunicação entre os indivíduos e o entendimento é possível por meio da interação, intersubjetivamente<sup>33</sup>.

A validade jurídica, em Habermas é kantiana: tratada como uma relação estabilizadora entre facticidade e validade. Essa relação é expressa pela facticidade, enquanto imposição do direito pelo Estado, e pela validade, enquanto processo de normatização do direito, garantidor da liberdade. Essa perspectiva une a necessidade da coerção à moralidade e a uma validade das normas baseada no respeito que evoca a idéia de liberdade, pela qual aceitamos que normas estipulem ordenamentos<sup>34</sup>.

Assim, a legitimidade, para Habermas, não depende do fato de essa regra ter conseguido ou não se impor. Na suposição da legitimidade é que se busca apoio para a validade dessas normas. A validade jurídica, então, garante apenas duas premissas: a da legalidade do comportamento, emanada de sanções, quando necessárias, e a da legitimidade da norma, estabelecida pela obediência aos termos da lei – baseada na liberdade<sup>35</sup>.

O autor ressalta, ainda, a validade social das normas de direito, ou seja, o grau em que essa consegue se impor, por sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito. O argumento do autor passa pela afirmação de que a normatização se apóia sobre uma facticidade artificial, baseada nas ameaças de sanção que o direito estipula e suas instituições impõem.

Assim, para Habermas, fora da interação comunicativa, a efetividade, ou validade social, é baseada, somente, numa interação artificial, estabelecida pelas sanções. A perspectiva de Habermas deixa claro que existe, mesmo sem um aparelho supra-estatal formal, uma interação artificial que vai definir sanções. É aqui, então, que somos levados a questionar, mais detidamente, a configuração da sociedade para além das fronteiras do direito formal. Buscamos compreender como a sociedade internacional conforma esses mecanismos de sanção, mesmo sem um aparelho estatal, e como ela garante que sejam efetivos, já que, como vimos, muitos o são, de fato, efetivos.

## 1.4 Direito Internacional

Sob uma óptica geral, a averiguação da efetividade de um tratado, ou de qualquer outro dispositivo normativo internacional, tem como objetivo, em suma e inclusive, investigar se os agentes, para os quais foi destinado, estão, realmente, cumprindo a regra do dispositivo, de forma que seja possível verificar se a norma está

33 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p.20.

34 HABERMAS, Jürgen. Op. cit. p.49.

35 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p.50.

cumprindo sua função.

Na perspectiva do direito internacional, a grande dificuldade fica a cargo da noção de uma norma fundamental e única para que se estabeleça uma ordem jurídica que possibilite os testes de validação das teorias positivistas. Por isso mesmo, as modernas teorias do direito, que caminham juntamente com as novas construções epistemológicas das ciências sociais, parecem oferecer um instrumental muito mais pertinente ao estudo do complexo panorama do direito internacional.

Nesse estudo do direito internacional, faz-se mister verificar sua ligação com a realidade social na qual se insere, de modo que, por definição, o Direito pode ser considerado como um conjunto de regras que ligam Estados e outros agentes da política mundial em suas relações recíprocas<sup>36</sup>. Embora haja, entre os estudiosos, divergência a respeito da natureza jurídica do direito internacional, de um modo geral, ele é aceito, e os Estados admitem e respeitam-no<sup>37</sup>.

Nesse panorama, o direito internacional existe de forma intimamente ligada à evolução das relações internacionais. Um é influenciado pelo que acontece com o outro, o que torna o processo dinâmico – o direito internacional sofre mudanças de acordo com o caminho conduzido pelas relações internacionais, que, ao mesmo tempo, é um dos seus mecanismos de organização. Dessa forma, entre os pontos que se podem destacar para a compreensão desse contexto, está, justamente, a coabitação entre os entes no campo internacional, que reflete em um jogo de poderes, política e interesses.

A análise do direito internacional alicerçada nas teorias pós-positivistas leva, necessariamente, a uma investigação mais acurada dos temas que perpassam a agenda de pesquisa das relações internacionais. Essas análises têm importância crucial no desenvolvimento do estudo do direito dentro dessa sociedade assaz complexa que convencionamos chamar internacional, mas que ultrapassa as relações estabelecidas entre Estados.

Apesar de essas interações serem designadas como internacionais, elas vão além de um estudo que considere apenas as relações entre Estados. Devemos buscar, assim, uma compreensão mais ampla do direito internacional na sociedade contemporânea, fundamentando-nos em pressupostos mais próximos de suas estruturas políticas e sociais.

O estudo da configuração do poder é tema essencial na política mundial, tendo em vista a atuação de Estados soberanos que interagem entre eles e, atualmente, também, entre outros sujeitos de caráter internacional com relevante intercâmbio e

36 BULL, Hedley. *A sociedade anárquica*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002. p. 147.

37 AKEHURST, Michael. *Introdução ao direito internacional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1985. p. 1-2.

participação no plano mundial. Tal investigação, inevitavelmente, leva a ponderações a respeito de estratégia: o equilíbrio do poder leva a considerações a respeito do potencial militar, da iniciativa diplomática e do poder econômico<sup>38</sup>.

A política exerce papel essencial nas relações internacionais, sendo instrumento de união e de conciliação de interesses da administração interna com os interesses da humanidade<sup>39</sup>. Compreender os interesses norteadores da política entre as nações e o modo como se desenvolvem é entender o contexto das relações internacionais que, inclusive, constitui o direito internacional em seu processo dinâmico de evolução e de reconhecimento.

No estado moderno, o governo é o instituto responsável por tornar a ordem possível e executável. Porém, sob a óptica internacional, não há um instituto último e responsável pela manutenção da ordem, e, nesse sentido, presencia-se a *anarquia internacional*, não existe um governo único<sup>40</sup>. Todavia, a visão das relações internacionais a partir dos regimes internacionais, hoje, é uma perspectiva que nos permite analisar a sociedade internacional não mais como um conjunto meramente anárquico de Estados, mas como uma conjunção de valores e de interesses coerentes, em relação a um tema específico.

O fenômeno das relações internacionais reúne vários fatores explicativos da convivência comunitária, subsidiado por tecnologia, economia e reflexos sociopolíticos da atividade dos Estados, como forma de coexistência. Assim, é possível entender a interdependência dos Estados, projetada como liame indispensável da globalização que, hoje, é fundamento de sobrevivência. Ao mesmo tempo, essa estrutura consolida-se com o advento da ampla comunicação e o crescimento dos mercados.

As mudanças rápidas suscitadas por essas impositivas modalidades têm, inevitavelmente, conseqüências de ampla extensão em todos os planos e atuam como desestabilizadoras do poder. Talvez, esse enfraquecimento explique a forte tendência dos Estados de buscar associações e maior aproximação, de modo a se integrarem com maior solidez nos espaços comerciais e políticos<sup>41</sup>.

As relações internacionais sempre foram uma prática sobre equilíbrio, que estabelece suas próprias exigências. Sua evolução foi favorecida pela estrutura do Estado liberal, fundado sobre a separação entre as funções soberanas relativas à política e as atividades individuais referentes à economia. O direito internacional reflete as fases dessa evolução. Perfeitamente adaptado à estrutura individualista das relações

38 WIGHT, Martin. *A política do poder*. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002. p. 167.

39 ARON, Raymond. *Paz e guerra entre as nações*. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002. p. 90.

40 BULL, Hedley. Op. cit. p. 65-69.

41 STRENGER, Irineu. *Relações Internacionais*. São Paulo: LTr Editora LTDA, 1998. p. 27.

internacionais, o direito internacional convencional torna-se, hoje, o instrumento mais habilitado para promover o desenvolvimento do direito entre Estados, que, apesar de dispostos a colaborar, não se resignam a obrigar-se senão por uma manifestação especial de sua vontade<sup>42</sup>.

As normas internacionais buscam regular e estruturar a pacificação dos interesses dos sujeitos internacionais e o respeito a eles, nas relações de uns com os outros, de modo a viabilizar certa harmonia, controle entre os poderes e tornar possível a convivência em um ambiente sem um governo comum a todos.

De forma interessante, denota Akehurst que os entes internacionais obedecem ao direito internacional muito mais do que se imagina. E explica o jurista que tal obediência se dá por fatores inerentes à própria natureza do direito internacional e da sociedade internacional, que induzem os sujeitos internacionais a atuarem em conformidade com eles<sup>43</sup>.

Segundo Akehurst, a falta de um poder legislativo em direito internacional significa que os Estados constroem as normas para si mesmos, de acordo com os seus interesses, pelo menos em sua maioria, sendo improvável, de modo geral, que irão agir contra seus interesses. Ademais, conforme já ressaltado, os sujeitos das relações internacionais são naturalmente interdependentes, e o direito internacional facilita a cooperação entre eles<sup>44</sup>.

Ainda nessa mesma vertente, importa ressaltar que o direito internacional é baseado, em larga medida, no costume, os sujeitos fortalecem uma norma consuetudinária mediante a sua observância e debilitam-na quando a infringem. Explica Akehurst que o direito costumeiro detém instrumentos de transformação. Assim, se um estado viola uma norma costumeira, pode ter criado um precedente que, depois, pode voltar-se contra ele; e a ciência de tal possibilidade impede, em geral, que os estados violem o direito internacional<sup>45</sup>.

Como fonte do direito internacional por excelência, o tratado tem o mérito de facilitar as relações internacionais, devido à sua abrangência, criando situações legais e normas jurídicas e, também, tutelando os desígnios econômicos e culturais de interesse comum<sup>46</sup>. O tratado é conceituado como um acordo internacional celebrado, por escrito, entre os Estados e regido pelo direito internacional. Tem-se, portanto, um acordo formal escrito, oriundo da convergência de interesses dos Estados participantes.

42 Ibidem, p. 14-15.

43 AKEHURST, Michael. *Introdução ao direito internacional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1985. p. 9.

44 AKEHURST, Michael. Op. cit. p.10.

45 Ibidem, p. 11.

46 STRENGER, Irineu. Op. cit. p. 15.

Vale ressaltar que a intensificação das relações internacionais ocasionou mudanças na própria técnica de celebração de tratados. O dinamismo da produção de normas jurídicas internacionais e a diversificação das suas formas de surgimento influenciaram, essencialmente, nas alterações com relação às pessoas que possuem capacidade para celebrar tratados, ao número de partes, à quantidade e ao conteúdo dos tratados, aos seus efeitos e aos procedimentos ou formalidades para a sua conclusão<sup>47</sup>.

Os tratados são atos, em princípio, solenes, cuja conclusão requer a observância de uma série de formalidades. Em suma, e sob a instrução do doutrinador Mazzuoli, são quatro as fases pela qual têm de passar os tratados solenes, até sua conclusão: a) a das negociações preliminares; b) a da assinatura ou adoção pelo Executivo; c) a da aprovação parlamentar por parte de cada Estado interessado em se tornar parte do tratado; d) a da ratificação ou adesão do texto convencional<sup>48</sup>.

As relações internacionais têm o direito internacional como um de seus meios de organização, talvez o principal. Todavia, não se pode ignorar a existência de outros mecanismos, de que, por vezes, os estados se utilizam no âmbito internacional, ainda que muito criticados por isso, como guerra, bloqueios econômicos etc.

Sob uma óptica geral, a averiguação da efetividade da norma internacional é norteada pela investigação que enfatiza se está regular em todos os seus âmbitos: existência, vigência, validade, eficácia e efetividade. Busca-se verificar: se foi constituída de acordo com a forma delineada para ela; se foi, devidamente, inserida no ordenamento jurídico interno de cada participante, também, adequada sob o aspecto formal; se está adequada socialmente, em congruência com a realidade, de modo a ter elementos para sua incidência e obediência por parte de seus destinatários; e, em um último momento, se apresenta real efetivação, ou seja, se os sujeitos, para os quais as normas internacionais são destinadas, estão, de fato, cumprindo aquilo a que se obrigaram internacionalmente.

Percebemos, todavia, que essa efetivação vai além. É preciso, também, analisar como estão articulados os princípios, a comunicação e os acordos que constituem os pressupostos daquelas normas, em sua conformação com a realidade e aplicação efetiva, para que possamos, de fato, auferir critérios relevantes de efetividade em sua denotação mundial. Corrobora a efetividade do direito internacional, em uma análise dentro de cada país, com sua regulamentação e efetivação, com uma investigação em torno dos elementos que a norteiam e orientam a relação entre os negociantes, do objeto de negociação, bem como da concretização da norma nessa interação, do comportamento real de cada participante.

47 MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados*. Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 187-188.

48 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados Internacionais* (com comentários à convenção de Viena de 1969). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 37.



## 1.5 Referências

- AKEHURST, Michael. *Introdução ao direito internacional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1985.
- ARON, Raymond. *Paz e guerra entre as nações*. Tradução Sérgio Bath. 1ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed. 1993.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, apresentação Alaôr Caffé. São Paulo: EDIPRO, 2001.
- BULL, Hedley. *A sociedade anárquica*. 1ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002.
- COSTA, Alexandre Araújo. *Introdução ao direito: uma perspectiva zetética das ciências jurídicas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002.
- FERRAZ, Tercio Sampaio Jr. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Ed. Atlas, 1988.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volume I. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1997.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 3ª ed. 2000.
- \_\_\_\_\_, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 6ª ed. 2003.
- \_\_\_\_\_, Hans. *Teoría pura del derecho, Introducción a la ciencia del derecho*. Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1960.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados Internacionais (com comentários à convenção de Viena de 1969)*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.
- MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados. Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, volumes IV e V. Campinas: Bookseller, 2000.
- MORGENTHAU, Hans J. *A política entre as nações: a luta pelo poder e pela paz*. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2003.

PACZKOWSKI, Homar. Norma Fundamental Única & Teoria do Direito de Kelsen: Conceito e fundamentação meta-jurídicos. Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 231-232.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2º ed. 2002.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª edição ajustada ao novo código civil, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 2ª edição, revista e atualizada. Saraiva, São Paulo, 1979.

STRENGER, Irineu. *Relações Internacionais*. São Paulo: LTr Editora LTDA, 1998

WIGHT, Martin. *A política do poder*. 2ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002.





# A Efetividade do Direito Internacional Ambiental

## Capítulo 2

EFETIVIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL  
AMBIENTAL: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE AS  
CONVENÇÕES DA CITES, CDB, QUIOTO E BASILÉIA  
NO BRASIL

Marcelo Dias Varella

# EFETIVIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE AS CONVENÇÕES DA CITES, CDB, QUIOTO E BASILÉIA NO BRASIL

Marcelo Dias Varella<sup>1</sup>

## 2.1 INTRODUÇÃO

O grau de efetividade de uma convenção internacional ambiental em um país em desenvolvimento depende principalmente do nível de estruturação das instituições competentes para implementação e controle da Convenção, assim como dos estímulos aos demais atores envolvidos para cumprirem as normas internacionais. Logicamente, diversos fatores contribuem para tornar alguns temas mais ou menos efetivos, mas acreditamos que, dentre os diversos fatores determinantes da falta de efetividade de uma norma internacional para a proteção do meio ambiente, esses sejam os dois mais importantes.

Percebe-se, na teoria jurídica e política, certa confusão sobre o que seja efetividade de uma norma jurídica. Em se tratando de direito internacional, esse tema torna-se, ainda, mais complexo, em função de determinadas peculiaridades relativas a diversas fases de formação de um tratado, assim como das diferentes formas de internalização em cada país. Outros conceitos distintos como validade, vigência e eficácia são, comumente, utilizados como sinônimos de efetividade. A precisão terminológica é indispensável para uma análise mais apurada sobre a questão.

Outro ponto importante relaciona-se aos critérios de mensuração da efetividade de uma norma jurídica. A medida da efetividade da norma jurídica, de fato, não é uma questão de teoria jurídica, mas, sim, de sociologia jurídica ou, conforme o grau de análise que se propõe realizar, de sociologia das relações internacionais. Existem vários critérios possíveis para medir a efetividade, que se relacionam tanto a condições *ex ante*, com a norma ou seu contexto, como *ex post*, em função do alcance dos objetivos propostos pela norma em si. A própria mensuração desses critérios envolve, por vezes, análises que vão além dos interesses da teoria jurídica e busca compreender o monitoramento de resultados esperados pela norma (e não a norma em si). Isso ocorre porque tais normas procuram a solução de problemas e, portanto, servem de veículos de políticas públicas para a preservação da natureza e para o desenvolvimento sustentável. A análise da efetividade vem da aferição de tais resultados finalísticos. Logicamente, a efetividade de uma norma tem uma relação estreita com sua vigência,

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade de Paris, Professor do Centro Universitário de Brasília e Pesquisador do CNPq.

validade e eficácia, mas não uma relação de dependência direta a esses conceitos.

Pretende-se explorar um pouco desse arcabouço conceitual, com o propósito de demonstrar sua complexidade, para, depois, verificar fatores que são determinantes da efetividade em alguns tratados ambientais. Por didática, com base em conceitos e critérios já selecionados, vamos dedicar-nos a alguns temas específicos, característicos da sociedade de riscos. Assim, em um primeiro momento, buscar-se-á a determinação das categorias mais importantes, seguida de uma breve explicação de como tais categorias se aplicam ao direito internacional público. Em seguida, vamos debruçar-nos de forma breve sobre a discussão de critérios de mensuração de efetividade, procurando estabelecer limites lógicos para a consecução da terceira e última parte do artigo. Nesta, o objetivo será de analisar quatro temas de direito internacional ambiental, no Brasil: regulação internacional dos organismos geneticamente modificados, resíduos tóxicos, espécies ameaçadas de extinção e mudanças climáticas, para testar as hipóteses levantadas na parte geral e analisar possíveis desdobramentos teóricos.

Os temas escolhidos estão diretamente ligados à sociedade dos riscos por diferentes aspectos. O objetivo desses tratados é, justamente, oferecer respostas, no âmbito multilateral, a problemas catalisados pelo modo de funcionamento global da sociedade contemporânea ou de riscos globais, como proposto. À exceção da convenção internacional sobre o comércio de espécies em extinção, os problemas regulados são problemas novos, com poder de destruição em massa, transfronteiriços, ou seja, são instrumentos adotados internacionalmente, para governar riscos gerados pela sociedade pós-industrial<sup>2</sup>.

## 2.2 Validade, vigência, eficácia e efetividade da norma jurídica internacional

A validade de uma norma é designada pela sua existência<sup>3</sup>. A norma é válida quando elaborada de acordo com o previsto na norma fundamental, ou seja, na Constituição<sup>4</sup>. No direito interno, a validade depende, portanto, de três elementos de legitimidade: legitimidade quanto à origem, legitimidade quanto à matéria de competência e legitimidade quanto ao procedimento. No caso de uma lei ordinária, por exemplo, com relação ao primeiro pressuposto, é importante que ela seja aprovada pelo Congresso Nacional, que seja sancionada pelo Presidente da República; em relação ao segundo, que seja matéria de competência do Congresso Nacional e de lei ordinária; em relação ao terceiro, que os procedimentos determinados pelos regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal tenham sido respeitados. Se um

<sup>2</sup> A ambição de tratar quatro temas diferentes, certamente, contribuirá para a redução do nível de aprofundamento do artigo, mas terá como objetivo entender diferentes métodos de busca de efetividade, limitadas pelos mesmos vícios, dentre os quais, destaca-se a incapacidade técnica do Estado.

<sup>3</sup> Kelsen, H. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 43.

<sup>4</sup> REALE, M. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 106.

desses critérios de legitimidade faltar, a norma terá um vício de existência, podendo ser declarada nula pelos instrumentos de controle de legalidade durante ou depois do processo legislativo.

Quando uma norma é válida, ela tem condições de vigência. A vigência, no entanto, ocorre após o transcurso do prazo fixado ou o cumprimento do termo previsto na própria norma para o início da sua obrigatoriedade. Assim, uma norma pode ser válida desde a sua publicação, mas ter sua vigência postergada para 45 dias depois dessa data, um ano, por vezes vários anos. Em outras situações, a vigência da norma pode depender de determinadas condições fáticas ou políticas, pré-determinadas pela própria norma, desde a sua publicação ou registro, o que varia, ainda, em função do ambiente jurídico em que se situe<sup>5</sup>.

A eficácia da norma é, por sua vez, a capacidade de atingir os objetivos propostos. Existem normas cujo conteúdo se choca com a cultura de um povo, com seus valores fundamentais, com sua tradição<sup>6</sup>. Tais normas não, necessariamente, são ineficazes, porque, ainda, podem ser impostas pelo aparelho estatal, mas têm o seu potencial de eficácia mitigado. Da mesma forma, existem normas não vigentes com ampla eficácia, como quando vão ao encontro dos elementos culturais, sociais e antropológicos de um povo. Nesse caso, a norma apenas atesta uma realidade e tenta colaborar com ela. Ela é existente, válida, eficaz, mas não está em vigor.

Por fim, a efetividade. Trata-se da realização do objetivo proposto pela norma. A norma é efetiva quando atinge os fins para os quais ela foi criada. Alguns professores, como Pontes de Miranda, põem em contigüidade os conceitos de eficácia e efetividade<sup>7</sup>, quando determinam que a eficácia se aproxima das conseqüências da norma jurídica. Marie-Angèle Hermitte, na discussão dos trabalhos que deram origem ao presente livro, prefere dividir o conceito de eficácia em formal e material, sendo que o último seria o que denominamos efetividade. Traçamos aqui uma outra distinção, que parece ser particularmente importante em função da multiplicação das normas jurídicas e da utilização do instrumento jurídico como ferramenta complementar para políticas públicas. Eficácia é a capacidade de atingir os resultados. Efetividade é a realização desses resultados<sup>8</sup>.

Ao contrário dos conceitos de validade e vigência, eficácia e efetividade assumem a possibilidade de gradação. Uma norma não pode ser mais ou menos válida, ou mais ou menos vigente: ou ela é vigente ou não o é; ela é válida ou não. No entanto, uma norma pode ser mais eficaz ou mais efetiva, conforme mais possibilidades tenha de atingir os seus objetivos ou, ainda, conforme tenha, de fato, alcançado os objetivos

5 Esse último ponto é, particularmente, importante em direito internacional e o analisaremos com mais atenção, abaixo.

6 REALE, M. Op. cit. p. 112.

7 PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Parte Geral (Tomo I), p. 8.

8 Não se trata de definições nossas, mas de definições já bastante utilizadas em direito administrativo, em especial, no debate sobre políticas públicas.

pretendidos, de forma mais ou menos positiva.

Neste texto, pretende-se estudar apenas a questão da efetividade. Dentre as normas jurídicas, válidas, vigentes e eficazes, procurar saber se algumas são efetivas para solucionar os problemas em razão dos quais foram criadas e tentar entender *por que uma norma jurídica internacional tem maior ou menor grau de efetividade*.

Em se tratando de direito internacional, as mesmas categorias podem ser utilizadas, mas merecem adaptações em função da complexidade específica desse subsistema jurídico. A norma internacional difere em relação aos pressupostos de validade, que depende de diferentes ordenamentos nacionais. Sua vigência tem como regra quase geral a não-vinculação a um determinado período de tempo, mas a outros fatores, como nos tratados multilaterais, que, em geral, exigem um número determinado de ratificações para sua entrada em vigor. A sua obrigatoriedade nem sempre é clara. Os meios para exigir o cumprimento são vinculados a instrumentos específicos de cada subsistema do direito internacional público. Não há um ente acima dos sujeitos de direito para dar coerência e garantir a efetividade das normas criadas, mas, apenas, diferentes sujeitos que, por cooperação ou coordenação, potencializam essa efetividade. Tratem-se de cada um desses elementos.

Primeiro, a validade. A norma internacional como a doméstica, para ser válida, exige legitimidade dos agentes, legitimidade do objeto e legitimidade do procedimento. No entanto, os agentes não são aqueles previstos para o direito interno, por exemplo, o Congresso Nacional. No caso do direito internacional, a Constituição atribui competências ao Executivo para negociar a norma. Cabe ao Congresso, conforme o caso, manifestar-se favorável ou contrário ao texto. As possibilidades de modificação dos tratados pelo Legislativo são, ainda, um ponto polêmico na teoria jurídica, em especial em relação ao poder de fazer reservas ou impor cláusulas interpretativas.

Segundo, a vigência. A entrada em vigor da norma internacional, sobretudo das normas multilaterais pode estar vinculada a uma determinada situação fática ou à participação de um número determinado de Estados membros. O Protocolo de Quioto, por exemplo, somente entrou em vigor após a ratificação por um número de Estados responsáveis por 65% das emissões de monóxido de carbono. A Convenção sobre a Diversidade Biológica entrou em vigor quando o 50º Estado.

Terceiro, a obrigatoriedade. As normas em direito internacional nem sempre são obrigatórias. Kelsen, que considerava o elemento cogência como inerente ao próprio conceito de norma, explicava a existência das normas internacionais – não obrigatórias em si – em função do próprio direito nacional que lhes dava vida<sup>9</sup>. Como já

<sup>9</sup> “As normas do direito internacional costumam determinar apenas o elemento material e são, nesse sentido, incompletas. Elas aguardam suplementação pelas normas do direito nacional” (KELSEN, H. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 488).

analisamos em outros textos, o direito internacional público contemporâneo é marcado pela existência de diversos subsistemas jurídicos, especializados, com diferentes graus de eficácia e efetividade<sup>10</sup>. Não se pode afirmar a existência de um sistema geral de direito internacional, porque não se trata de um todo harmônico, ferindo a própria definição de sistema, que em si significa um “conjunto harmônico de elementos”. Desse modo, certos subsistemas, como o do direito internacional econômico guiado pela Organização Mundial do Comércio, são obrigatórios, suas normas possuem eficácia e efetividade. Por outro lado, no direito internacional ambiental, em que as normas são esparsas, pouco relacionadas entre si, sem a possibilidade de recursos a um tribunal internacional com real poder de sanção, elas nem sempre podem ser consideradas obrigatórias. Muitas vezes, a obrigatoriedade da norma está, apenas, no compromisso moral assumido pelos Estados quando da sua ratificação, compromisso esse que não se traduz em esforços nacionais para se chegar ao cumprimento.

No entanto, a eficácia e a efetividade da norma internacional podem ser equiparadas em muitos pontos às da norma nacional. No tocante à eficácia, por exemplo, muitas normas nacionais não têm os requisitos necessários para atingir sua finalidade, como as normas programáticas, as estratégias políticas ou, mesmo, algumas normas de caráter finalístico, que não trazem sanções ou não detalham como devem ser executadas. No tocante à efetividade, uma parte significativa das normas nacionais, como, também, no caso das internacionais, não consegue gerar efetivos concretos sobre a realidade. A busca pela efetividade do direito apresenta-se, hoje, como um dos principais desafios tanto para o direito nacional quanto para o direito internacional.

## 2.3 Indicativos de eficácia da norma internacional

A eficácia da norma internacional pode ser auferida pela existência de certos elementos jurídicos e políticos. Quanto mais consistentes são esses indicativos, maior é a possibilidade de que a norma internacional seja eficaz. Alguns desses indicativos de efetividade são apresentados abaixo, mas esta lista certamente poderia ser estendida a fatores de diferentes relevâncias<sup>11</sup>:

definição clara dos objetivos a serem alcançados;

graduação dos níveis de obrigações conforme as diferentes capacidades nacionais, com prazos para a equiparação entre os Estados;

<sup>10</sup> Ver o artigo: A crescente complexidade do sistema jurídico internacional: alguns problemas de coerência sistêmica. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 2005. v. 167, p. 135-170. E, o mesmo texto em francês, publicado no *Annuaire Belge de Droit international*, Bruxelas, 2004. v. 2003, n. IV.

<sup>11</sup> Diferentes autores já escreveram obras sobre como auferir a eficácia de normas ou mesmo de regimes políticos internacionais. Como esse não é o objetivo do presente artigo, apenas nos deteremos a considerações gerais sobre o tema, conforme se faça necessário para analisar as convenções mais específicas.

- determinação da origem dos recursos financeiros para o cumprimento dos objetivos;
- incentivos econômicos ao cumprimento;
- formalização de mecanismos de cooperação e coordenação entre os Estados;
- existência de organizações internacionais responsáveis pelo monitoramento e pela avaliação dos avanços produzidos;
- existência de sanções para os casos de não-cumprimento;
- existência de mecanismos de solução de controvérsias entre os atores, com poder de sanção para suas decisões.

**Entre os principais indicativos de eficácia política da norma internacional, podem ser destacados:**

- legitimidade do tema para os diferentes atores;
- participação dos Estados mais importantes para aquela área temática;
- concordância dos Estados *hegemons*;
- cooperação com atores não-estatais;
- viabilidade dos procedimentos e dos objetivos procurados;
- interesse econômico positivo dos atores envolvidos na busca dos objetivos ;
- viabilidade técnica dos objetivos;
- sensibilização da população sobre o tema.

No entanto, em relação às normas internacionais ambientais, ainda que todos esses fatores sejam favoráveis à eficácia, o nível de força institucional dos países pode apresentar-se como um dos principais fatores de não-aplicação normativa. Exceto em situações nas quais os atores envolvidos conseguem mobilizar-se com um baixo grau de dependência da burocracia estatal, quando essa burocracia não consegue responder às provocações da norma e da própria sociedade, os níveis de eficácia da norma podem ser facilmente reduzidos ao nada.

No tocante à efetividade, o direito internacional apresenta uma característica peculiar, que se refere à adoção de normas que não buscam solucionar o problema ambiental, mas, apenas, dar um primeiro passo para o convencimento de Estados resistentes a determinados temas. Não são as normas conhecidas como *softnorms*, que nada trazem de obrigatório, mas normas com objetivos concretos, conscientemente aquém do necessário. É o caso, por exemplo, do Protocolo de Quioto, cujas metas não



vão resolver o problema das mudanças climáticas, mas são um primeiro passo para um futuro tratado de modo mais rigoroso, o que será um próximo passo para, um dia, a humanidade poder resolver o problema. Trata-se de uma medida política, mais do que jurídica. Assim, muitas vezes, normas sem um conteúdo jurídico obrigatório ou sem capacidade de gerar efeitos definitivos são aprovadas para impulsionar a consolidação de um regime internacional em torno de um problema ambiental. Com o aumento do nível de aceitação, os engajamentos entre os Estados aumentam e critérios cogentes são estabelecidos. Nesse sentido, ainda que a norma seja plenamente aceita pelo Estado e completamente cumprida, ela é insuficiente para resolver o problema ambiental, ou seja, ela é efetiva em relação ao seu objetivo inicial, mas não é efetiva em relação ao problema. A fixação de níveis altos de emissões de Carbono, pelo Protocolo de Quioto exemplifica esse modelo de norma transitória, pois se trata de um nível de comprometimento que já oferece custos substantivos aos Estados, mas factível, muito embora não seja suficiente para evitar o problema do aquecimento global. Em um momento posterior de compromisso, os patamares devem ser alterados, com a previsão de menores possibilidades de emissões.

## 2.4 Análise das Convenções no Brasil

Quatro tratados ambientais serão utilizados para uma breve análise da efetividade da proteção internacional da natureza no Brasil: a Convenção sobre o Tráfico de Espécies Ameaçadas de Extinção (CITES); a Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB), em especial, seu Protocolo de Cartagena, sobre organismos geneticamente modificados (OGM); a Convenção sobre as Mudanças Climáticas, em especial, o Protocolo de Quioto; e a Convenção sobre os Poluentes Orgânicos Persistentes (Convenção POP). Todos os textos já foram assinados e ratificados pelo Brasil. São, portanto, normas válidas. Todos, também, já entraram em vigor. Com exceção da CITES, todos esses tratados são recentes.

Esses tratados foram escolhidos por apresentarem diferentes níveis de efetividade, em função de fatores distintos que podem servir de exemplo específico a ser expandido a uma regra geral dos procedimentos para aumentar a eficácia de um tratado, assim como, em função de diferentes obstáculos para que essa eficácia atinja resultados satisfatórios. Este artigo não tem como objetivo apresentar os níveis de efetividade de cada convenção, mas discutir alguns critérios para mensurar a efetividade. A discussão sobre cada Convenção e a explicação dos seus níveis de efetividade estão presentes em diferentes momentos deste livro, nos trabalhos de professores brasileiros e franceses que têm, cada um, o objetivo de aprofundar a análise em uma convenção específica, o que foi amplamente debatido nas discussões em conjunto.



Aproveitando os esforços dos demais autores, partiremos da premissa que a CITES e o Protocolo de Cartagena são pouco efetivos no Brasil e que o Protocolo de Quioto e a Convenção da Basiléia são mais efetivos. Considera-se a CITES pouco efetiva, porque a fiscalização contra o tráfico de animais silvestres é pouco impactante no comércio desses animais, o que continua a ser assustador. O Protocolo de Cartagena tem baixa efetividade no país porque uma parte importante da soja exportada pelo Brasil tida como não-OGM é contaminada e não respeita as regras do Protocolo<sup>12</sup>. O Protocolo de Quioto pode ser considerado parcialmente efetivo aqui, porque gerou algumas dezenas de projetos de absorção de carbono no Brasil, que sequer tem a obrigação de reduzir suas emissões pelo Protocolo. Logo, cumprir o Protocolo está além das suas obrigações. A Convenção da Basiléia pode ser considerada efetiva porque houve uma redução importante do comércio de resíduos tóxicos.

Não se objetiva, também, entrar em detalhes dos instrumentos do problema ambiental no âmbito internacional nem analisar os mecanismos internacionais garantes de eficácia dos tratados, tampouco, ainda, os resultados de efetividade de cada um dos temas, pois isso já foi realizado, com primor, nos demais textos deste livro. O objetivo é, apenas, entender um pouco da situação brasileira acerca desses quatro temas. Mais ainda, é identificar a correlação entre as normas jurídicas internacionais e a efetividade de solução dos problemas ambientais no âmbito interno, para, em seguida, identificar porque determinadas normas jurídicas internacionais são mais ou menos efetivas em alguns países, em função das suas realidades.

### 2.4.1 Protocolo de Cartagena

O Protocolo de Cartagena é um tratado que regulamenta parte da Convenção sobre a Diversidade Biológica. Cuida, mais especificamente, do comércio de organismos geneticamente modificados. Ele foi adotado em 29 de janeiro de 2000, ficou aberto para assinaturas até 4 de junho de 2001, entrou em vigor em 11 de setembro de 2003, após a ratificação de 50 Estados. Atualmente, conta com 104 Estados-partes. Sua efetividade no âmbito internacional é, de certa forma, comprometida, pelo fato de a maioria dos grandes exportadores agrícolas de organismos transgênicos não ter ratificado o Protocolo, à exceção do Brasil, onde o Protocolo entrou em vigor em 22 de fevereiro de 2004.

O tratado cuida, em especial, do comércio internacional de certos organismos vivos modificados (OVM). Não se trata do comércio de todo e qualquer OGM, mas apenas dos organismos vivos modificados, em especial, aqueles destinados a fins agrícolas, excluindo-se, portanto, os produtos farmacêuticos e produtos derivados de OGM.

12 Como a soja é o único OGM liberado comercialmente, trata-se de um bom objeto de análise.

Trata-se de um texto claro, com previsão de regras precisas sobre o funcionamento de um sistema de informação. O elemento fulcral do Protocolo é um sistema de consulta prévia, por meio do qual os países exportadores consultam os países importadores, antes da primeira exportação de organismos geneticamente modificados ao seu território, sobre a aceitação da importação do OVM. Os importadores devem manifestar sua concordância no prazo de noventa dias. As exportações posteriores de um produto já autorizado pressupõem-se também autorizadas e são realizadas independentemente do procedimento de notificação. No entanto, o silêncio dos importadores ou a recusa expressa significam, de fato, uma proibição à exportação de OGM ao seu território.

Os motivos de recusa podem, por exemplo, basear-se na ausência de certeza científica sobre a segurança do produto exportado, nos procedimentos adotados para a exportação, na existência de contaminação do carregamento do produto com outros OVM ou na necessidade de obter mais informações sobre aquele produto que está sendo exportado. Nesse sentido, a exportação pode estar condicionada a determinados procedimentos e provas. O Protocolo cria, ainda, um sistema internacional de troca de informações sobre os OVM. A qualquer momento, com base em novas informações, as partes podem levantar barreiras contra o comércio de um determinado OVM.

Existem restrições internacionais e nacionais sobre a efetividade do Protocolo. Entre as restrições internacionais, pode-se identificar a não-participação de vários países exportadores e certos conflitos entre as normas do Protocolo de Cartagena e os tratados da Organização Mundial do Comércio. A falta de participação de diversos países exportadores de OVM não é um problema fundamental, uma vez que a maioria dos países importadores faz parte do Protocolo e tem a possibilidade de dar efetividade ao sistema quando exige mesmo daqueles que não o são o respeito ao sistema de notificação exigido pelo Protocolo. O conflito com as normas de direito internacional econômico não é tão grave, pois, apenas, moldou a forma de cumprimento de determinados dispositivos ao disposto nos acordos comerciais globais, como o de normas sanitárias e fitossanitárias (SPS) e barreiras técnicas ao comércio (TBT), da OMC. Todos os quesitos listados na segunda parte estando cumpridos, poder-se-ia acreditar em um alto nível de efetividade do Protocolo.

Os problemas centrais que ameaçam a efetividade global do Protocolo são, primeiro, a concentração da produção global nas variedades transgênicas. Isso pode impedir o direito de escolha dos consumidores que não desejam comprar OGM, porque, dentro de certo tempo, é possível que apenas as variedades OGM estejam disponíveis no mercado. Nesse caso, a verdadeira opção reduz-se entre consumir ou não consumir determinado produto, o que se pode tornar uma não-opção, face aos estilos de vida homogêneos e à concentração dos hábitos alimentares em poucas espécies de plantas. Segundo, e mais importante neste trabalho, a falta de capacidade política e institucional

dos países em desenvolvimento, especialmente do Brasil, de separar a produção OGM da produção não-OGM.

A posição do Brasil é, particularmente, importante pelo fato de ser o principal exportador de grãos do mundo e ser o único exportador importante de OGM a ter ratificado o Protocolo de Cartagena.

Como nos demais países que seguem os guias de boas condutas do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, o Brasil criou uma comissão para controlar a segurança dos OGM, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio). Essa comissão é coordenada pelo Ministério da Ciência e Tecnologia e composta por representantes de diferentes pastas ministeriais, da comunidade científica e de grupos de interesse envolvidos. Caso a comissão técnica aprove a segurança de determinado OGM, antes da liberação comercial, é necessária ainda uma aprovação política, do Conselho Nacional de Biossegurança, composta por Ministros de Estado. A decisão desse Conselho dá-se, apenas, quando já não existem mais dúvidas fundadas sobre a falta de segurança biológica<sup>13</sup>.

Logo após a criação da CTNBio, houve o pedido de liberação comercial de soja geneticamente modificada pela empresa Monsanto. O pedido foi deferido pela CTNBio, mas questionado judicialmente por duas organizações não-governamentais e, em seguida, pelo Ministério Público Federal. No Judiciário, a autorização de liberação comercial da soja geneticamente modificada foi suspensa, até a decisão final do processo. Desse modo, o país, de acordo com sua legislação interna, decidiu pela não-liberação comercial do produto, o que estava em conformidade com o Protocolo de Cartagena, mas o país não conseguiu manter sua decisão pela falta de capacidade política e institucional.

Ao mesmo tempo em que o Judiciário proibiu o plantio, uma série de atos de agricultores, de governantes e das empresas exportadoras impediu que a decisão fosse efetiva. Os agricultores importaram ilegalmente sementes geneticamente modificadas da Argentina, cruzaram com sementes de soja não-geneticamente modificadas e obtiveram uma variedade de semente utilizável no Brasil. Muito embora se soubesse que diversos agricultores estavam comprando e cultivando um produto proibido no país, em virtude da discordância, em relação à decisão judicial, dos líderes políticos dos estados mais próximos à Argentina, em especial o Rio Grande do Sul, não houve controle por parte dos órgãos ligados à fiscalização.

O resultado imediato foi a obtenção de uma, depois de várias safras de soja geneticamente modificada. Tal fato gerou uma crise política, que foi resolvida pelo

<sup>13</sup> A CTNBio foi criada em 1995. No entanto, a estrutura acima, composta pela CTNBio e pela Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, foi criada apenas em 2005, com a lei 11.105.

Governo Federal com sucessivas anistias aos agricultores. As anistias estimulavam novas safras agrícolas de OVM, cada vez mais volumosas, até que a liberação comercial da soja se tornou inevitável, uma vez que uma parcela substancial da produção nacional já era geneticamente modificada. A ilegalidade contribuiu para invalidar a decisão jurídica, tendo em vista que parte do Estado acreditava nos benefícios dessa nova variedade de soja, aceitava ou, mesmo, estimulava a atitude dos agricultores.

Nesse sentido, importa ressaltar que a decisão judicial se fundamentava no princípio da precaução, porque havia dúvidas sobre a segurança biológica da nova variedade. O princípio da precaução, adotado nas decisões judiciais, é um dos princípios basilares do Protocolo de Cartagena. Mesmo se parte do Estado segue o Protocolo, e mesmo esta parte sendo a legítima para decidir no caso em questão, de acordo com a Constituição Federal, a falta de instrumentos para operacionalizar sua decisão fazem com que a mesma se torne inócua.

Essas decisões judiciais têm força de lei entre as partes e só podem ser reformadas pelo próprio Poder Judiciário, por meio das vias recursais adequadas, e nunca mediante atos normativos do Executivo ou do Legislativo, pois a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (CF, art. 5º, XXXV), sob pena de quebra do princípio da independência e harmonia entre os Poderes da República e do total aniquilamento do Estado democrático de Direito.

Se não for assim, sempre que as decisões do Poder Judiciário contrariem interesses do Poder Executivo ou mesmo os gerenciados das multinacionais, editar-se-á medida provisória, a tempo e gosto desses interesses, para anularem-se as decisões da Justiça. E, a partir daí, já não teremos mais o Estado de Direito, nem segurança jurídica, nem mesmo paz e tranquilidade social. Instaurar-se-á o total arbítrio e a truculência do Poder Executivo no País, com o absolutismo das forças gananciosas do mercado internacional. Nesse contexto, só nos restará o velório da soberania nacional<sup>14</sup>.

Dessa forma, o próprio Estado não consegue identificar qual soja é OGM. Não há condições de informar aos países que se trata de um produto visado pelo Protocolo de Cartagena. Sem esse controle, não se pode informar e, portanto, não se consegue dar efetividade ao texto internacional. A incapacidade de o Estado fazer valer suas próprias decisões contribui para a falta de efetividade da sua legislação nacional e, portanto, do Protocolo de Cartagena. O fato dos interesses privados estarem contra o controle da soja geneticamente modificada, a pulverização dos agricultores, contribui para a inefetividade do Protocolo de Cartagena, uma vez que o outro ator considerável, o Estado brasileiro, não tem capacidade para fazer valer as decisões tomadas, de acordo com sua própria Constituição. Nesse sentido, a eficácia jurídica não tem como se concretizar em efetividade do tratado, porque os interesses econômicos são suficientes

14 Decisão cautelar no Processo 1998.34.00.027681-8, perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

para quase anular a capacidade institucional de controle da implementação normativa.

## 2.4.2 Protocolo de Quioto

O Protocolo de Quioto regulamentou a Convenção das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas. Seu texto foi adotado em dezembro de 1997. O mesmo entrou em vigor apenas em 16 de fevereiro de 2005, com a ratificação de um total de partes representativas de 65% das emissões globais de monóxido de Carbono<sup>15</sup>. Atualmente, cerca de 160 países ratificaram esse tratado, com a notória exceção dos Estados Unidos. Desses, apenas 35 países comprometeram-se a assumir os compromissos estabelecidos.

O Protocolo de Quioto tem um texto claro, objetivo, com instrumentos concretos para atingir as finalidades de redução das emissões de gases que provocam o efeito estufa. No entanto, o Protocolo não tem como objetivo ser uma solução efetiva para o problema do aquecimento global. Ele foi criado para ser uma solução intermediária, para iniciar um processo de alteração dos métodos de produção. Existem dois momentos de implementação das suas regras, quando da sua entrada em vigor: a primeira, para os países desenvolvidos, que estão listados no anexo I do Protocolo; a segunda, para os países em desenvolvimento.

Em breves palavras, estipulam-se limites de emissão de gases que provocam o efeito estufa. Os países que mantêm níveis de emissão inferior a esse limite podem vender quotas de emissões a outros países que estão com emissões acima do estabelecido. Parte-se do pressuposto da existência de uma circulação atmosférica global e que os gases emitidos em todo o planeta circulam pela atmosfera. Logo, a redução da emissão em qualquer lugar do globo é suficiente para compensar o aumento da emissão em outros lugares.

País	Meta (1990** - 2008/2012)
UE-15*, Bulgária, República Tcheca, Estônia, Letônia, Liechtenstein, Lituânia, Mônaco, Romênia, Eslováquia, Eslovênia, Suíça.	-8%
EUA***	-7%
Canadá, Hungria, Japão, Polônia	-6%
Croácia	-5%
Nova Zelândia, Rússia, Ucrânia	0

<sup>15</sup> Como vimos acima, no direito internacional, a entrada em vigor das normas pode ser postergada a um determinado fato. No caso do Protocolo de Quioto, a condicionalidade a sua vigência demorou mais de sete anos para se concretizar.

Noruega	+1%
Austrália	+8%
Islândia	+10%

Fonte: Secretariado da Convenção das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima.

O objetivo é, portanto, gerar incentivo econômico (uma espécie de imposto de Pigou) aos atores públicos e privados que participam do sistema. Existem, no entanto, elementos políticos e econômicos positivos e negativos que contribuem para a real efetividade do Protocolo. Entre os instrumentos positivos, devem ser destacados a crescente consciência global sobre o problema, despertando o interesse da mídia e da população pela aceitação dos custos para se chegar aos resultados programados, e os incentivos econômicos com a conservação. Entre os elementos negativos, encontram-se os altos custos para alterar a matriz energética mundial, as mudanças de hábitos dos indivíduos e a pulverização das empresas interessadas, o que torna difícil o controle sobre as emissões desses gases.

Dentre esses pontos, é interessante o aprofundamento em dois: o controle das emissões de milhares de empresas pelo Estado e os incentivos econômicos aos atores privados para conservar a natureza. De fato, o Estado, sobretudo nos países em desenvolvimento como o Brasil, é incapaz de controlar as emissões de todas as empresas de forma a individualizar as cotas de emissões e poder fazer um controle mais restrito. Pode-se dizer que um controle mais rígido não pode ser atingido, sequer para medir, com precisão, o total de emissões nacionais. Esse problema é compensado pelos recursos tecnológicos e por equações físico-matemáticas que permitem uma apreensão do conjunto e tornam factível um controle nacional.

O Estado, nesse caso, é controlado não apenas por suas próprias capacidades, mas, também, por outros Estados, Organizações Internacionais e por organizações não-governamentais interessadas em saber, com maior precisão, o total de emissões de cada país. Uma vez que existem interesses financeiros e políticos envolvidos, tal informação converte-se em recursos financeiros e, portanto, compensam os investimentos feitos no controle. Em outras palavras, a falta de capacidade do Estado brasileiro, assim como de vários países em desenvolvimento, é compensada pela capacidade suficiente dos países desenvolvidos e das ONGs para controlar as emissões não apenas no seu próprio território, mas, também, no território dos outros. O que os move são interesses econômicos próprios e a conscientização da sociedade civil organizada em torno do risco global.

É verdade que a inércia do Brasil já seria uma forma de cumprimento do Protocolo, que não gera obrigações. No entanto, o país concretizou diversos projetos de MDL, mesmo sem ser obrigado, mas impulsionado pelos estímulos econômicos. Ainda



que o Estado não consiga fazer um controle, quando os incentivos econômicos podem beneficiar diretamente as empresas envolvidas, há uma competição por projetos de desenvolvimento limpo e o estímulo do setor privado ao próprio Estado para que ele cumpra as obrigações do tratado, tornando-o mais efetivo.

Assim, o Protocolo tem um bom nível de efetividade, porque esses incentivos econômicos estimularam projetos e porque não é apenas a capacidade institucional que controla as emissões, mas, também, as capacidades institucionais de outros atores, externos na sua maioria, que compensam a falta de capacidade nacional.

### 2.4.3 Convenção sobre o tráfico de animais ameaçados de extinção (CITES)

A CITES foi adotada em 1973 e entrou em vigor em julho de 1975. A maioria dos países ratificou a convenção, que conta hoje com 169 partes<sup>16</sup>. A Convenção busca regular o comércio de espécies ameaçadas de extinção, abrangendo plantas, animais e outros seres vivos. A Convenção tem como escopo o tráfico de espécies ameaçadas de extinção, estimado entre US\$10 e US\$20 bilhões ao ano, dos quais o Brasil representa cerca de 15%<sup>17</sup>.

A Convenção divide as espécies em três categorias, conforme o risco de extinção em que se encontrem. As espécies são, assim, classificadas: espécies que podem ser comercializadas em casos excepcionais; espécies que podem ser comercializadas, com um controle da quantidade de indivíduos, de forma a assegurar a manutenção da espécie; espécies controladas apenas em alguns países. Existe um procedimento dinâmico de manutenção da lista das espécies ameaçadas de extinção.

A norma internacional fundamenta-se em um procedimento de informação e consentimento mútuo. Antes de qualquer comércio de espécies ameaçadas de extinção, um Estado deve consultar o outro para que este autorize ou não a entrada daquela espécie, e aquele irá verificar o cumprimento dos trâmites internacionais. Cada indivíduo dessas espécies deve ter um documento próprio, semelhante a um "passaporte". Isso servirá para provar às autoridades locais que os trâmites internacionais foram cumpridos e que não se trata de um tráfico ilegal de animais silvestres.

Prevê-se, ainda, que os Estados que incentivarem ou não combaterem o tráfico de animais ameaçados de extinção devam ser punidos com sanções econômicas. O conjunto de critérios jurídicos para a eficácia da CITES é, portanto, muito favorável à sua efetividade.

<sup>16</sup> A convenção foi subscrita pelo Brasil em 1973, entrando em vigor no ano de 1975; foi ratificada pelo Decreto Legislativo 54/75 e promulgada pelo Decreto 76.623/75. Atualmente a CITES conta com 169 países contratantes.

<sup>17</sup> Esses números são repetidos por diversos atores que trabalham com o tema, mas não existem dados precisos.

O problema, no entanto, situa-se nos elementos extrajurídicos. Os atores privados são estimulados a comercializar as espécies em extinção, em virtude dos ganhos com esse comércio. Isso é incentivado pela ausência de capacidade institucional dos Estados que detêm um número maior de diversidade biológica, e com muitas espécies em perigo de extinção, para poder controlar o tráfico. Países como o Brasil são importantes nesse cenário, porque são fontes de diversas espécies.

O interesse econômico dos atores envolvidos em burlar o tratado multilateral gera uma barreira importante à efetividade da Convenção. Em países com instituições políticas fortes, o tráfico pode ser combatido com instrumentos de coerção à sua altura. No entanto, no Brasil, não existem instrumentos suficientes para garantir a efetividade da convenção, *a priori* eficaz, porque as capacidades institucionais são insuficientes para lhe assegurar efetividade. É fato que a Polícia Federal, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente (IBAMA) e algumas organizações não-governamentais, como a RENCTAS, desempenham um papel importante contra o tráfico de animais silvestres em geral, mas esse empenho é amplamente insatisfatório, tendo em vista a dimensão do problema. O Estado não dispondo de outros mecanismos para combater o tráfico, o problema, apenas, tende a aumentar.

Ao contrário do Protocolo de Quioto, a cooperação internacional para o combate ao comércio de espécies ameaçadas de extinção é insuficiente. Não se percebe, em vários países desenvolvidos, uma verdadeira mobilização contra o tráfico internacional, sendo comum observar, em residências ou em feiras livres de certos países europeus, como na Espanha, espécies exóticas a venda, sem qualquer controle do Estado.

Como não existe capacidade institucional no país, não há interesse de controle de vários países importadores, e os estímulos econômicos são favoráveis ao descumprimento. Os demais critérios ficam praticamente anulados, reduzindo, drasticamente, a efetividade do tratado.

#### **2.4.4 Convenção da Basiléia sobre o Movimento Transfronteiriço de Resíduos Tóxicos**

A Convenção da Basiléia busca reduzir a utilização de determinadas substâncias altamente poluidoras ao meio ambiente. Essas substâncias não são biodegradáveis, resistem, em geral, por toda a cadeia alimentar, levam centenas de anos para se decompor, têm um alto poder tóxico, resultante de novos processos industriais, cujos riscos, em geral, foram detectados apenas depois de um amplo processo de utilização pelo homem. A Convenção relaciona-se, diretamente, com outro tratado, sobre consentimento prévio informado (Convenção de Rotterdam, mais conhecida como



PIC<sup>18</sup>), e com a Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes<sup>19</sup>. Seu conjunto impõe restrições fundadas sobre todo o comércio global que envolve essas substâncias.

O problema central que as convenções buscam combater é a venda de substâncias tóxicas de países mais ricos para países mais pobres. Nos países onde o controle do tratamento dos resíduos é mais severo e onde os processos industriais são mais caros, os custos para o tratamento de substâncias tóxicas são, muitas vezes, superiores aos custos de exportação para países periféricos. Nesses países, a ausência ou impossibilidade de controle deixava margem para que os produtos fossem importados e simplesmente armazenados ou enterrados, sem qualquer tratamento, provocando danos ambientais graves no longo prazo e ocasionando a morte de seres humanos.

Da mesma forma que na CITES, a Convenção POP classifica as substâncias, prevendo tratamentos jurídicos com diferentes níveis de rigidez, em função da sua periculosidade. As substâncias são classificadas como: a serem eliminadas; de uso restrito; e de produção não-intencional. Logicamente, as primeiras não podem ser comercializadas em nenhuma hipótese, e as demais seguem um tratamento mais restritivo em relação ao comércio.

A Convenção da Basileia foi adotada em 1989. Atualmente conta com, aproximadamente, 168 Estados-partes<sup>20</sup>. Trata-se, portanto, de um tratado multilateral ambiental com diversos elementos garantidores da sua eficácia, assim como os tratados anteriormente citados: ele está em vigor na grande maioria dos Estados; tem um texto claro, prevê sanções econômicas para os países descumpridores das normas estabelecidas, chega mesmo a prever sanções contra países que não são partes do tratado. Politicamente, esse tema não tem sido muito divulgado pela mídia, a respeito dele não se vêem muitas mobilizações, mas existe um alto nível de consenso entre os diversos interessados sobre a sua importância.

As regras de comércio das substâncias perigosas são estabelecidas em função de diferentes níveis de risco, e todo o sistema fundamenta-se no consentimento expresso dos Estados, compreendendo e aceitando os riscos aos quais estará exposto com a importação de determinado produto poluente. Logicamente, certas substâncias não podem ser comercializadas, porque se pretendem banidas. Entre essas, destacam-se certos poluentes orgânicos persistentes, com alto poder poluidor sobre o homem e sobre o meio ambiente.

18 Do inglês *Prior informed consent*

19 São 12 poluentes orgânicos persistentes: aldrin, clordano diclorodifeniltricloroetano (DDT), dieldrin, endrin, heptacloro, mirex, toxafeno, hexaclorobenzeno (HCB); bifenilas policloradas (PCB), dioxinas e furanos.

20 Disponível em: [www.basel.int](http://www.basel.int). Acesso em: 27 jul. 2006.

Tudo isso não significa que haja um aceite dos atores envolvidos em torno dos objetivos da Convenção. A remessa de produtos químicos altamente poluentes para países mais pobres continua a ser uma saída economicamente rentável para ambos os lados, ou seja, as empresas têm um forte estímulo na venda desses produtos. Assim, como na CITES, os atores não são estimulados a cumprir a convenção, porque não existem benefícios econômicos diretos para os cumpridores, como se percebe no caso do Protocolo de Quioto.

Mesmo assim, há um alto nível de efetividade nesses textos. Após a sua adoção, os níveis de produção e de comércio das substâncias perigosas foram muito reduzidos. Isso ocorreu principalmente em função do controle do comércio internacional dessas substâncias por todos os Estados envolvidos – mais ou menos industrializados. Nesse sentido, a participação dos países industrializados foi essencial para o êxito da coerção. Esses países conseguem precisar, com um alto nível de certeza, quais são as indústrias produtoras dos objetos dos tratados multilaterais. Com o controle da quantidade produzida, pode-se, também, controlar o destino dos resíduos gerados por essas indústrias. Toda exportação fica, assim, sobre o controle dos próprios exportadores, que são os maiores produtores de resíduos tóxicos perigosos.

Os países importadores, em geral menos desenvolvidos, também têm facilitado o controle, porque as exportações precisam, comumente, de uma estrutura portuária de desembarque, utilizando os instrumentos regulares, que são, na maioria das vezes, controlados diretamente pelos órgãos estatais. Assim, o interesse econômico para o descumprimento dos diversos atores é compensado pela cooperação internacional e pela suficiência dos instrumentos de controle dos diferentes Estados.

## 2.5 Considerações gerais sobre a efetividade destes tratados

Dessas breves considerações sobre a efetividade de alguns tratados ambientais multilaterais, percebe-se, ainda que o conjunto de elementos jurídicos para a eficácia normativa esteja fortemente presente, não ser possível concluir se o tratado terá efetividade na prática. Tratados que preenchem a totalidade dos critérios jurídicos para a efetividade e, muitas vezes, também, a maioria dos quesitos políticos, nem sempre chegam a se concretizar no mundo real, em função de fraquezas institucionais e da ausência de incentivos econômicos adequados aos diversos atores. De todos os elementos jurídicos e extrajurídicos relativos à efetividade, esses dois são aqueles com maior importância, e não utilizá-los de forma adequada significa, de fato, condenar o próprio tratado a inefetividade.

Nesse sentido, pode-se dizer que o envolvimento do conjunto de atores atingidos pelos tratados é imprescindível, sobretudo quando há impactos econômicos importantes com a sua adoção. Mediante repercussões negativas aos atores privados, os Estados devem impreterivelmente criar instrumentos econômicos compensatórios ou, então, deter um aparelho coercitivo à altura da quantidade de atores e dos meios com os quais eles tentarão descumprir as normas internacionais. Tais instrumentos compensatórios estão presentes no Protocolo de Quioto, por exemplo, mas inexistem no Protocolo de Cartagena. Os instrumentos de coerção são efetivos, em se tratando da Convenção da Basiléia, mas são pouco efetivos para a CITES.

Em certos casos, como na Convenção sobre a Diversidade Biológica, as autoridades públicas precisavam convencer-se da importância do cumprimento do tratado multilateral e das suas próprias instituições, pois não consideraram legítima uma decisão judicial proibindo o cultivo da soja geneticamente modificada.

Tudo isso demonstra que o direito internacional tem critérios de vigência, eficácia e efetividade mais complexos dos que os direitos nacionais. As regras para vigência são formuladas pelos diferentes direitos positivos e permitem uma importante diversidade de situações. A eficácia normativa depende da vontade de diversos Estados, a própria configuração multissistêmica do direito internacional impede uma visão harmônica do conjunto, com a solução imposta por um órgão jurisdicional superior aos sujeitos envolvidos. A efetividade da norma, então, envolve critérios políticos e jurídicos variados, que prescindem de capacidades institucionais, que, na maioria dos casos, simplesmente, não existem. A efetividade dos tratados ambientais depende muito, portanto, da capacidade institucional dos Estados e apenas pode ser alcançada após um longo processo de maturação. Esse processo pode até ser suprido por recursos econômicos de estímulo aos atores privados, em um número pequeno de temas, e pela coerção, em outros temas ainda menos numerosos. Porém, ela, apenas, será sustentável com a diminuição das fraquezas institucionais. A efetividade depende, assim, preponderantemente, de um balanço positivo entre as condições de capacidade institucional e os incentivos econômicos ao conjunto de atores envolvidos.

## 2.6 Referências

KELSEN, H. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

REALE, M. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Parte Geral (Tomo I). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

VARELLA, M. D. La complexité croissante du systeme juridique international: certains problèmes de cohérence systémique. *Revue Belge de Droit International*, Bruxelles, v. 2003, n. IV, 2004.

VARELLA, M. D. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional: alguns problemas de coerência sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 167, p. 135-170, 2005.



# A Efetividade do Direito Internacional Ambiental

## Capítulo 3

### A EFETIVIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL - O CASO DA CITES

Carla Patrícia Frade Nogueira Lopes

## A EFETIVIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL - O CASO DA CITES

Carla Patrícia Frade e Nogueira Lopes <sup>1</sup>

### 3.1 Apresentação

A eficácia social (efetividade) de uma norma jurídica pode ser avaliada com a dissecção de sua estrutura por categorias próprias, consubstanciadas na existência, vigência, validade e eficácia jurídica do ato normativo. Isso é feito, aqui, por meio tanto da revisão da literatura sobre o tema quanto de breve apreciação de seu reflexo na legislação e na jurisprudência brasileiras.

A seguir, aprecia-se a categoria de efetividade da norma jurídica, vale dizer, sua aplicabilidade e conseqüente realização no meio social a que se destina, o que ocorre pela revisitação de seu conceito em dimensões diferenciadas, a saber: na doutrina, na jurisprudência e na legislação. No tópico destinado à efetividade da norma, levando-se em consideração o objeto de observação eleito nesta pesquisa – um acordo internacional – avaliam-se os mecanismos de efetividade *compliance* e *enforcement*, complementando-se com os critérios selecionados pela doutrina, em geral, para aferição da efetividade de um instrumento legislativo.

Por fim, o trabalho aprecia a Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Flora e Fauna em Perigo de Extinção – CITES, com a visão de seu panorama geral, o contexto em que foi elaborada e o texto a que se vinculam as partes contratantes. Pretende-se, então, com a aplicação dos critérios construídos pelos estudiosos do tema, medir o grau de eficácia real da CITES. Um último aspecto é investigado neste estudo, concernente à vivência da convenção no Brasil, que a subscreveu e ratificou desde seu início, sem, contudo, deixar de figurar no rol dos países em que o contrabando de animais silvestres grassa a passos largos.

<sup>1</sup> Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Professora de Direito Constitucional da Escola da Magistratura do Distrito Federal e dos Cursos *Sui Juris*. Bacharel em Comunicação Social pela Universidade de Brasília e em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Católica de Brasília. Mestranda do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB, área de concentração, Relações Internacionais.

### 3.2 Estudo das categorias da estrutura da norma jurídica

Como visto, a análise da efetividade das normas de Direito Ambiental pressupõe avaliação de categorias que lhe são precedentes, no que diz respeito ao reconhecimento em si desse plano específico da regra jurídica voltada à disciplina do meio ambiente<sup>2</sup>. É nesse contexto que aqui se avaliam os diferentes aspectos de existência, vigência, validade e eficácia da norma jurídica, o que se faz necessariamente em associação às idéias de fato, de ato e de negócio jurídico.

#### 3.2.1 Existência

A perspectiva relacionada à existência da norma jurídica está, intrinsecamente, ligada à escolha feita em torno dos fatos da vida, com relevância no âmbito do Direito; somente alguns desses fatos são selecionados pelo legislador para que se dê a eles conformação jurídica pela incidência da norma. Trata-se do fenômeno da juridicização, pelo qual o suporte fático ingressa no mundo jurídico por meio da incidência da norma<sup>3</sup>.

Esse mecanismo é marcado pela correlação lógica estabelecida entre o fato transformado em norma e o valor que se lhe imprime. Explica-se: a escolha do legislador tem por suporte a valoração atribuída ao fato para que este venha a ingressar no mundo do Direito, o que se faz com base na realidade histórica de uma determinada sociedade. Cuida-se, em linhas muito gerais, da teoria tridimensional do Direito, criada por Miguel Reale<sup>4</sup>.

Aspecto interessante a ser observado é o relativo ao necessário preenchimento de alguns requisitos para que se opere a existência da norma jurídica. Assim é que o fato da vida deve conter elementos exigidos em lei para que sofra a incidência da norma e, por conseqüência, esta passe a existir. Pode-se dizer que há elementos considerados comuns, exigíveis para todos os atos jurídicos e outros ditos específicos, imprescindíveis a determinadas categorias de atos. Assim é que o art. 104 do atual Código Civil brasileiro estabelece como elementos essenciais: “agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei”. Em que pese à disciplina contida no Código, no sentido de que esses elementos seriam requisitos de validade do negócio jurídico, a doutrina mais abalizada<sup>5</sup> faz distinção

2 O Brasil incorpora a seu sistema jurídico essa vertente, prevendo, no § 1º do art. 225 da Constituição Federal vigente, medidas impostas ao poder público, voltadas a “assegurar a efetividade” do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

3 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 55-74.

4 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 93-104. Sobre a incorporação da história “como elemento de compreensão da realidade social”, Edinaldo de Hollanda Borges adverte que Reale, por esse motivo, ultrapassou o Neokantismo, sem, contudo, alçar a história à categoria de “método autônomo de conhecimento” (*Teoria Científica do Direito*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 199).

5 VENCELAU, Rose Melo. O negócio jurídico e suas modalidades. In: TEPEDINO, Gustavo (org). *A parte geral do novo código civil – estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 188.



entre os planos da existência e da validade. Nesse sentido, fica claro que vontade, objeto e forma são inerentes à essência do ato, sob pena de sua inexistência, enquanto capacidade do agente, possibilidade e determinabilidade do objeto, além da forma quando prescrita, são elementos afetos à validade, podendo sua falta implicar nulidade ou anulabilidade do ato.

Não é só a doutrina atual, já sob a influência do Código Civil de 2002, que busca delinear a linha divisória entre inexistência e nulidade/anulabilidade do ato jurídico. Caio Mário da Silva Pereira já apontava para a importância da distinção, mencionando:

Negócio jurídico inexistente é aquele a que falta um *pressuposto material* de sua constituição. [...]

Há, portanto, uma linha viva de separação, perfeitamente identificável, na extremação do negócio jurídico inexistente. E há também interesse na sua conceituação não sob o aspecto puramente doutrinário, como ainda prático, porque se o ato anulável requer pronunciamento a pedido do interessado, e se o ato nulo exige declaração judicial, ainda que *ex officio*, o ato inexistente, por se não ter chegado a constituir, é vazio de conteúdo, independentemente de qualquer provimento.<sup>6</sup>

A ausência de rigor técnico no âmbito legislativo, quanto ao reconhecimento da categoria de existência das normas jurídicas, sem confundi-la com os planos da vigência, da validade e da eficácia, tem reflexo imediato na jurisprudência. A propósito, em acórdão recente, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios entendeu ser eivado de nulidade absoluta o acordo extrajudicial firmado entre uma das partes no processo relativo à cobrança de cotas condominiais e terceira pessoa, estranha à lide, sobrevivendo sentença homologatória do acordo. No caso em concreto, o réu, que não subscrevera o acordo, veio a ser condenado ao pagamento de custas e honorários advocatícios, insurgindo-se contra isso, o que culminou com a “cassação” da sentença.

O voto do relator tem por base os conceitos legal e doutrinário de transação, reconhecendo a imprescindibilidade da confluência de vontades das partes que transigem, o que impõe se conclua pela inexistência do negócio ante a ausência desse elemento; apesar disso, o acórdão alude à nulidade do ato praticado entre o autor da demanda judicial (condomínio) e terceira pessoa, para concluir, ainda, pela nulidade da sentença homologatória do ajuste, observando-se que se trata de evidente inexistência de ambos os atos – o acordo e a sentença<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> *Instituições de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. I, p. 448-449.

<sup>7</sup> Cuida-se da APC 2004011009655-5/DF (registro de acórdão n. 233205), rel. Desembargador Humberto Adjuto Ulhôa, 4ª Turma Cível, julgada em 28/11/2005 e publicada no DJ de 13/12/2005, p. 75. Consta do voto o seguinte trecho, no que interessa para os fins deste estudo: “Como se sabe, “A transação é um negócio jurídico bilateral, pelo qual as partes interessadas, fazendo-se concessões mútuas, previnem ou extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas” (Maria Helena Diniz, In: Código Civil Anotado, 1995, Editora Saraiva. p. 673). Nessa linha de raciocínio, constata-se ser um dos requisitos da transação a ocorrência de

O ato jurídico a que faltem elementos necessários à sua formação ou, mesmo existindo, sejam estes deficientes ou insuficientes, será tido por inexistente, sem haver realizado o percurso entre o mundo dos fatos e o mundo jurídico, dele não se ocupando o Direito, a menos que se evidencie a exigência de sua intromissão para repulsa de tal ato.

Ultrapassado o plano da existência, a norma adquirirá, pela incidência do tempo, a sua vigência, próxima categoria a ser tratada.

### 3.2.2 Vigência

Não são raras as vezes em que uma norma jurídica existe, mas não é, ainda, exigível. Isso se dá nas hipóteses de previsão, na própria norma, de um lastro de tempo para que se possa exigir dos destinatários a observância da norma recém-criada. Trata-se do instituto da *vacatio legis* que, no Brasil, tem disciplina nos arts. 1º e 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n. 4.657/42). Nos termos dos dispositivos legais mencionados, omissa a norma quanto à época de sua vigência, essa se dará em 45 (quarenta e cinco) dias de sua publicação. Vê-se, assim, que a previsão legal, em termos gerais, é da existência da norma e, posteriormente, de sua exigibilidade, o que se dá pela vigência.

A vigência está ligada à idéia de validade formal, significando que foi submetida a um devido processo legislativo, com preenchimento do requisito atinente ao tempo; superada essa fase – que pode coincidir com o momento em que a norma passa a existir –, a norma impõe-se sobre todos, sendo exigível, portanto<sup>8</sup>. Há doutrina<sup>9</sup>, porém, em sentido contrário, com o entendimento de que nem sempre a vigência será compatível com a validade formal, porquanto existam casos em que o processo de criação da norma foi aperfeiçoado, mas sua vigência está diferida no tempo. Entretanto, o que se percebe é um equívoco em torno dos conceitos de existência, vigência e validade.

Essa alternância de conceitos é observada também em Hans Kelsen, que menciona o termo “vigência” como designativo da “existência específica de uma norma”, para, a seguir, assinalar ter o ato normativo validade à medida que é vigente<sup>10</sup>. Esses conceitos, contudo, aparecem imbricados, não sendo simples o seu delineamento, sobretudo quando tratados à luz do caso concreto. É o que se vê em julgamento ocorrido no Superior Tribunal de Justiça, versando sobre a legalidade da cobrança de

acordo entre as partes litigantes, possível de ser realizado judicialmente ou extrajudicialmente (art. 1.028/1029 Código Civil). Constitui a transação negócio jurídico bilateral, por meio do qual, as partes interessadas, mediante concessões mútuas, previnem ou extinguem litígios. Tem, pois, por pressuposto inafastável, um acordo de vontades, no qual se observe reciprocidade de concessões”.

8 REALE, Miguel. Op. cit. p. 105-112.

9 DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 47.

10 *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 10-11.

multas de trânsito impostas por equipamentos eletrônicos, cuja disciplina se fizera por resolução (ato normativo) posteriormente revogada. A síntese do caso feita pelo relator do acórdão mostra a superposição dos conceitos de existência, vigência e validade<sup>11</sup>.

### 3.2.3 Validade

Uma norma jurídica é considerada válida desde que se apresente em harmonia com o sistema jurídico adotado por um contexto específico de tempo e de espaço<sup>12</sup>. Isso pode ser entendido pela percepção de que será válida a norma que contiver os atributos dos atos jurídicos perfeitos, atendendo aos requisitos impostos pelo sistema em que está inserida.

É sob essa ótica que Kelsen<sup>13</sup> sustenta a validade do ato normativo na compatibilidade com a Constituição, pressupondo a eficácia da ordem jurídica total com respaldo no texto constitucional. Isso nada mais é do que a adoção do princípio da supremacia da Constituição, que, no Brasil, está previsto no art. 60 da lei fundamental e dá respaldo ao regime de controle de constitucionalidade das leis, mecanismo legítimo de avaliação da validade dos atos normativos em geral.

Outra faceta dessa mesma teoria diz respeito à regularidade da norma, ou seja, ela será válida se estiver de acordo com as regras estabelecidas pelo Direito<sup>14</sup>; essa visão deve ser encarada com certa cautela no ponto em que se refere tão-somente às regras de Direito como parâmetros de controle de validade dos atos normativos, eis que os princípios – diversos ontologicamente das regras – são igualmente dotados de normatividade, conforme vêm preconizando autores como Ronald Dworkin<sup>15</sup> e Gomes Canotilho<sup>16</sup>.

11 Trata-se do REsp 704368/RS (2004/0164579-3), relator Ministro José Delgado, 1ª Turma, julgado em 16/08/2005, publicado no DJ de 12/09/2005, p. 237; o caso está assim resumido pelo relator: 1. Cuidam os autos de ação processada sob o rito ordinário com pedido de tutela antecipada ajuizada por Jaime Luiz Antonini Ribeiro em desfavor da Empresa Pública de Transporte e Circulação S/A – EPTC objetivando a desconstituição de autos de infrações de trânsito sob a alegação de que a Resolução nº 131 do CONTRAN, que disciplinava o uso de aparelhos eletrônicos medidores de velocidade, foi revogada pela Deliberação nº 34, de molde que inexistia a regulamentação exigida pelo art. 280, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro; ocorrendo, assim, um vácuo legislativo entre 10/05/2002 e 16/10/2002.

Sobreveio sentença, julgando procedentes os pedidos para decretar a nulidade dos autos de infração referenciados. Apelou a empresa pública estadual, e o TJRS negou-lhe provimento ao reconhecer a existência de um vácuo legislativo à época do cometimento das infrações de trânsito contestadas. Pela via especial, insurge-se a empresa pelo provimento de seu recurso com a conseqüente anulação da sentença, em virtude da não-ocorrência de *vacatio legis*, haja vista que a Deliberação nº 29, de 19/12/2001, que regulamentava os controladores eletrônicos, permaneceu em vigência e produzindo efeitos jurídicos no período das infrações. Aduz, também, violação do art. 281, § 2º, do CTB. Sem contra-razões. Parecer do Ministério Público pela inadmissão do recurso especial.

12 KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 59.

13 Op. cit. p. 174.

14 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico – existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 42.

15 *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 23-72.

16 *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 165-192.

Interessante observar que a compatibilidade exigida entre a norma e a ordem jurídica geral, com a Constituição servindo de vetor e de fonte de validade, não se circunscreve aos limites formais, para atingir as dimensões social e ética, fazendo com que o conceito de validade aproxime-se das idéias de eficácia e efetividade (validade social) e de fundamento (validade ética)<sup>17</sup>. É imperioso, assim, que a norma esteja de acordo com a letra estabelecida no texto constitucional e, a um só tempo, atenda aos anseios da sociedade e ao postulado da justiça.

O Poder Judiciário, ao apreciar a validade das normas jurídicas em geral, depara-se, diariamente, com a situação de verificar a compatibilidade dos atos normativos com a ordem vigente, o que não se cinge a uma conformação formal, devendo o Estado-Juiz atentar para o atendimento da norma aos requisitos estabelecidos pela voz da sociedade e pelos imperativos éticos. Essa é a missão constante do Supremo Tribunal Federal, a teor do que preceitua o art. 102, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Nesse contexto, vale anotar os casos em que o STF vem entendendo pela inconstitucionalidade de leis estaduais que se voltam a disciplinar desmembramentos, criações, incorporações ou fusões de municípios, sem atentar para a necessidade de adoção de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações envolvidas. É certo que, em determinadas hipóteses, há consenso das populações, o que foi medido por intermédio de pesquisas de opinião, abaixo-assinados ou declarações de organizações comunitárias; porém, a Corte adverte para a necessária consulta plebiscitária, que se coaduna com o Estado Democrático de Direito instituído pelo art. 1º da Constituição. A lei, nesses casos, só será considerada válida – e, via de consequência, constitucional – se observar o rigor imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição Federal, que deve ser interpretado em cotejo com o art. 14, inciso I, do mesmo texto, preceituando este dispositivo uma das formas de exercício da democracia direta (plebiscito), sob pena de afronta a ditames sociais e éticos<sup>18</sup>.

Alinham-se, nesse espectro, os conceitos de validade e eficácia, sendo fácil perceber que esta é condição daquela, pois um ato normativo será considerado válido à medida que pertencer a uma ordem jurídica eficaz na sua totalidade<sup>19</sup>. Isso remete para a percepção do que seja a essência da Constituição, no dizer de Ferdinand Lassalle – “a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação”, os quais, uma vez “incorporados a um papel”, transformam-se em instituições jurídicas<sup>20</sup>. E isso nada mais é do que a projeção da vontade ética da sociedade a que se destina uma ordem jurídica.

17 REALE, Miguel. Op. cit. p. 114-115.

18 Confirmam-se as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 2994/BA, relatora Ministra Ellen Gracie, julgada pelo plenário em 12/05/2004 e publicada no *DJ* de 04/06/2004, p. 29; 2967/BA, relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgada pelo plenário em 12/02/2004 e publicada no *DJ* de 19/03/2004, p. 16; e 2660/AP, relator Ministro Maurício Corrêa, julgada pelo plenário em 04/02/2004 e publicada no *DJ* de 12/03/2004, p. 35.

19 KELSEN, Hans. Op. cit. p. 58.

20 *A Essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 17-18.

### 3.2.4 Eficácia

A obra de Lassalle traz à tona, imediatamente, a lembrança em torno de outra obra clássica, que lhe é complementar; trata-se do estudo empreendido por Konrad Hesse, intitulado *A Força Normativa da Constituição*. Nele, o autor faz incursão sobre a vontade da Constituição, para demonstrar que, apesar de seu conteúdo e peso sociológico, o texto constitucional tem luz própria, produzindo efeitos jurídicos junto à sociedade sobre a qual incide. Para tanto, sugere Hesse que é preciso o reconhecimento da existência de um “condicionamento recíproco” entre a realidade fática e a ordenação jurídica, o que determina uma “relação de coordenação” entre o que o autor chama de “Constituição real” e “Constituição jurídica”<sup>21</sup>.

A essa possibilidade de produção de efeitos jurídicos denomina-se eficácia, conceito aliado à idéia de obtenção de resultados junto à comunidade a que se destina a norma e, ao mesmo tempo, à função inerente ao próprio Direito, em prol do dever-ser<sup>22</sup>. É, pois, por meio dessa capacidade de eficácia que a norma obtém a transformação do suporte fático em fato jurídico, gerando conseqüências próprias, vale dizer, jurígenas, com aptidão para atingir a finalidade da norma<sup>23</sup>.

A eficácia de uma norma jurídica, importa assinalar, é condição de sua aplicabilidade. Ambas apresentam-se como fenômenos conexos, mas não se confundem, bastando verificar que eficácia significa potencialidade, enquanto aplicabilidade diz respeito ao poder de realização. Assim, para que o ato normativo tenha possibilidade de concretizar-se, é imprescindível que tenha aptidão para produzir efeitos jurídicos<sup>24</sup>.

Tanto assim é que se faz possível a hipótese de considerar-se a norma perfeita, válida, mas ineficaz, a exemplo de uma lei que haja exaurido o processo legislativo de sua elaboração, mas tenha sua vigência postergada para momento futuro<sup>25</sup>. Tem-se, no âmbito do Direito Ambiental Internacional, para a proposta do presente estudo, a norma contida no artigo XXII da Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Flora e Fauna em Perigo de Extinção – CITES, que preceitua:

#### Artigo XXII – Entrada em vigor

1 - A presente Convenção entrará em vigor 90 dias após a data em que tenha sido depositado, junto ao Governo depositário, o décimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão.

2 - Para cada Estado que ratificar, aceitar ou aprovar a presente Convenção ou a ela aderir, depois do depósito do décimo instrumento de ratificação,

21 *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 13 e 15.

22 HESSE, Konrad. Op. cit. p. 15 e 19.

23 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 83.

24 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 60.

25 BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 84.

aceitação, aprovação ou adesão, a Convenção entrará em vigor 90 dias depois que o referido Estado tiver depositado seu instrumento ou adesão.

É também possível caso em que um ato normativo seja perfeito, inválido e eficaz, mencionando Luís Roberto Barroso o exemplo da uma lei inconstitucional, anteriormente à declaração de nulidade pelo Poder Judiciário<sup>26</sup>. Hipótese mais marcante nesse sentido é a do art. 27 da Lei 9.868/99, que “dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal” e que se repete no art. 11 da Lei 9.882/99, disciplinadora da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Nesses casos, o legislador optou pela eficácia diferida da decisão do STF, legitimando, pela via legal, a norma que, conquanto seja inválida, protraia, no tempo, a sua eficácia<sup>27</sup>. A doutrina<sup>28</sup> ainda assinala sobre a existência de norma jurídica perfeita, inválida e ineficaz, como no caso de uma lei inconstitucional no período de sua *vacatio legis*.

Um exame apressado do conceito de eficácia do ato jurídico pode levar à conclusão de que se cuida de termo idêntico à efetividade. Entretanto, a eficácia admite duplo sentido<sup>29</sup>; pode ser tomada como análoga à potencialidade de gerar efeitos jurídicos, sem provocar repercussão direta e imediata no tecido social. É o que se chama de eficácia jurídica. De outro lado, ao aludir-se à aceitação e ao cumprimento, pela sociedade, da normatividade contida no ato, com alcance das metas previstas pela norma, tem-se a eficácia social, que se vincula ao conceito de efetividade, tema do próximo tópico do presente estudo.

### 3.3 Análise da efetividade do Direito Internacional Ambiental

Alguns aspectos específicos estimulam o interesse sobre a análise da efetividade das normas no campo do Direito Internacional Ambiental. Dois desses aspectos destacam-se, a saber: a instabilidade do surgimento desse ramo do Direito, dificultando a formação de consciência em torno do necessário cumprimento às normas ambientais<sup>30</sup>; e a disciplina da matéria relativa à preservação do meio ambiente, que se dá, em sua grande maioria, por meio de tratados<sup>31</sup>, instrumentos legislativos dotados de pouca coercibilidade e nem sempre voltados à produção de eficácia social, como

26 Idem.

27 Para melhor apreciação, vale transcrever o texto do art. 27 da Lei 9.868/99, que se repete no art. 11 da Lei 9.882/99: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha ser fixado”.

28 BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 84.

29 SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 65-66.

30 CALSING, Renata de Assis. *Possibilidades e limites da efetividade do direito internacional ambiental: uma análise da CITES, Convenção da Basiléia e Protocolo de Quioto*. Brasília, 2005. p. 87 (dissertação apresentada no programa de mestrado do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, ainda não publicada).

31 CALSING, Renata de Assis. Op. cit. p. 93.



se extrai do próprio conceito clássico de tratado, cunhado por Francisco Rezek<sup>32</sup> – “Tratado é todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir *efeitos jurídicos*” (grifou-se).

### 3.3.1 Conceito de efetividade

No âmbito do Direito Internacional Ambiental, para ser efetiva, a norma jurídica deve ser dotada de dupla condição de eficácia e de efetividade, o que induz ao reconhecimento de algumas dificuldades; de um lado, empecilhos de ordem geral, relacionados à especificidade do Direito Internacional e, de outro, obstáculos de ordem particular, pertinentes ao campo do meio ambiente<sup>33</sup>. É sob essa perspectiva que se pretende lançar luzes sobre o conceito de efetividade, elaborado, porém, em dimensões diversas.

### 3.4 Posição Doutrinária

O conceito de efetividade até aqui adotado condiz com a idéia de eficácia social, em aproximação à tese de realização, concretização do Direito junto a uma determinada comunidade. Assim, a norma que logra promover a união entre as dimensões do ser e do dever-ser, com reconhecimento de seu comando pela sociedade, é dotada de efetividade. Sob esse aspecto, vale considerar que o ato normativo, respeitado e cumprido por seus destinatários, gerador de alteração na ordem fático-jurídica, contém em si efetividade.

Vê-se, pois, que a efetividade da norma está correlacionada ao escopo social do Direito, ou seja, à função inerente ao sistema jurídico de subsumir a conduta humana à sua normatividade. Simples concluir, então, que a eficácia jurídica, vale dizer, a potencialidade de operacionalização de uma norma, aparece como pressuposto de sua efetividade, sob pena de arrostarem-se os ideais de racionalidade e logicidade do sistema jurídico<sup>34</sup>.

Há estreito liame entre as idéias de efetividade e sanção; ocorre que, por vezes, a norma não é espontaneamente cumprida – hipótese de máxima efetividade do ato normativo –, impondo-se a utilização de um mecanismo de coercibilidade, conhecido como norma secundária. Em vista disso, costuma-se emprestar maior ou menor efetividade às normas jurídicas em geral, dispondo-se, no âmbito interno, sobre

<sup>32</sup> *Direito internacional público* – curso elementar. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 14.

<sup>33</sup> MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. *La mise en oeuvre du droit international de l'environnement*. Centre d'études et de recherches internationales et communautaires, Aix-en-Provence (France). Les notes de l'Iddri, n. 4, 2003. p. 22.

<sup>34</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 85.



a baixa efetividade das normas constitucionais e a alta efetividade dos preceitos de Direito Penal. Assim é que, numa comparação Direito Interno/Direito Internacional, este é normalmente apontado como de baixa efetividade, dada a ausência de sanções formais em geral.

É preciso atentar para a especificidade dos regimes<sup>35</sup> a que se submetem os ramos jurídicos, para se perceber que o caráter de cada sanção será, naturalmente, diverso, sem isso significar, necessariamente, que esta ou aquela esfera do Direito não detenha qualquer efetividade, à míngua de sanção. No âmbito do Direito Constitucional, adverte Luís Roberto Barroso, a sanção prevista para a inobservância de suas normas não se harmoniza com as idéias de pena ou de execução civil, para ir além e assumir outra categoria, a da responsabilidade política<sup>36</sup>. Dá-se assim, também, com o Direito Internacional, abrindo-se oportunidade às partes participantes de um tratado, na hipótese de sua violação, de considerá-lo extinto ou de desonerar-se de seu cumprimento total ou parcialmente<sup>37</sup>.

Questão importante atinente à categoria da sanção como pressuposto de efetividade da norma jurídica é o reconhecimento de que o Direito não se cinge à força, dispondo de instrumentos outros que lhe dão fundamentação, em que pese o reconhecimento doutrinário de que a realização do Direito não prescinde da força<sup>38</sup>.

Os contornos em que está envolvido o Direito Ambiental trazem exigência peculiar, de modo a propiciar sua efetividade: mudança de postura por parte daqueles que interpretam e realizam o Direito, superando a ótica patrimonial e individualista típica do paradigma anacrônico norteador do Direito tanto substantivo quanto instrumental. Impõe-se a ultrapassagem da dogmática antes consolidada à margem da percepção de um direito difuso e fundamental, de terceira dimensão<sup>39</sup>, que está a exigir “a formulação de novas categorias e a releitura da normativa vigente”, no dizer de Gustavo Tepedino<sup>40</sup>. Assim, o conceito de efetividade sob o enfoque do Direito Ambiental deve estar em sintonia com essa nova roupagem, determinando-se que a efetividade não se restrinja à maneira como os atores estatais implementem os instrumentos legislativos, mas, também, ao modo como são cumpridas as normas, em atenção a seus fins<sup>41</sup>.

35 Para os fins e limites deste trabalho, adota-se o conceito de Krasner sobre regimes, nada obstante as críticas que lhe são feitas: “conjuntos de princípios, normas, regras e procedimentos decisórios implícitos ou explícitos em torno dos quais convergem as expectativas dos atores de uma determinada área de relações internacionais” (apud STOKKE, Olav Schram. *Regimes as Governance Systems*. In: YOUNG, Oran R. (org). *Global governance: drawing insights from the environmental experience*. London: MIT Press, 1997. p. 31). Tradução livre.

36 Ibidem. p. 87.

37 REZEK, J. F. Op. cit. p. 89.

38 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 66.

39 O Supremo Tribunal Federal vem esposando o entendimento de que o direito a meio ambiente ecologicamente equilibrado é de terceira geração; cf. os seguintes julgados da relatoria do Ministro Celso de Mello, que serão analisados no próximo tópico (3.1.2): MS 22164/SP, julgado pelo plenário em 30/10/95 e publicado no DJ de 17/11/95, p. 39.206; e RE 134297/SP, julgado pela 1ª Turma em 13/06/95 e publicado no DJ de 22/09/95, p. 30.597.

40 *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.332.

41 CALSING, Renata de Assis. Op. cit. p. 91.

É aí que a jurisprudência exerce papel preponderante, razão pela qual se passa a examinar a efetividade dos atos normativos de Direito Ambiental na visão dos tribunais.

### 3.5 Posição da Jurisprudência

A função principal dos intérpretes do Direito é assegurar sua máxima efetividade, princípio geral que se presta a empreender toda a operatividade possível ao sistema jurídico, concretizando-o de forma ampla e finalística, sem depender de dados circunstanciais ótimos ou ideais, impondo-se à atividade interpretativa caráter criativo<sup>42</sup>.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, o princípio da máxima efetividade vem sendo utilizado na realização da Constituição Federal, conforme julgados da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que se determinou baixa dos processos aos tribunais *a quo* para que apreciassem ações rescisórias, visando a anular decisões de 1ª instância, supostamente incompatíveis com a ordem constitucional. Assinalou o relator que “A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação constitucional revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional”<sup>43</sup>.

Assim, princípios outros regentes do Direito vêm sendo relativizados, de modo a emprestar às normas a melhor e maior repercussão no seio social, propiciando real solução aos conflitos que chegam ao Poder Judiciário, ainda que em detrimento de pressupostos e de critérios axiológicos eminentemente jurídicos. É o que se vem operando com o princípio da segurança jurídica, cuja mitigação é aceita nas hipóteses em que essa segurança se contrapõe frontalmente aos ditames da realidade, a exemplo da possibilidade de realização do exame de DNA em causas envolvendo investigação de paternidade cuja decisão judicial<sup>44</sup> transitou em julgado<sup>45</sup>.

42 SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo: LTR, 1999. p. 18 e 33.

43 A decisão é encontrada no RE 235794 AgR/SC, julgado pela 2ª Turma em 22/10/2002 e publicado no *DJ* de 14/11/2002, p. 4, e no RE 328812 AgR/AM, julgado pela 2ª Turma em 10/12/2002 e publicado no *DJ* de 11/04/2003, p. 42.

44 No âmbito da jurisprudência, cf., como decisão paradigmática, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça proferido no REsp 427117/MS (2002/0044155-6), relator Ministro Castro Filho, julgado pela 3ª Turma em 04/11/2003 e publicado no *DJ* de 16/02/2004, p. 241, que menciona: “Considerando, assim, que a **paternidade** do investigado não foi expressamente excluída por real decisão de mérito, precedida por produção de provas, impossível se mostra cristalizar como **coisa julgada** material a inexistência do estado de filiação, ficando franqueado ao autor, por conseguinte, o ajuizamento de nova ação. É a flexibilização da **coisa julgada**.”

II – Em se tratando de direito de família, acertadamente, doutrina e jurisprudência têm entendido que a ciência jurídica deve acompanhar o desenvolvimento social, sob pena de ver-se estagnada em modelos formais que não respondem aos anseios da sociedade”.

45 Para aprofundamento do tema, ver, por todos, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada – hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

No que se relaciona, especificamente, ao Direito Ambiental, a matéria no ordenamento brasileiro tem previsão constitucional (Constituição Federal, art. 225), exigindo do aplicador do Direito posição tendente a garantir o máximo de efetividade à sua construção normativa. Isso tem sido feito na esfera do Supremo Tribunal Federal, com base na idéia de que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental de terceira dimensão, como antes mencionado (nota 38). Nesse sentido, no MS 22164/SP, o tribunal anulou decisão de expropriação de imóvel rural situado no Pantanal Mato-Grossense por ofensa ao devido processo legal, uma vez que não se notificara o proprietário da perícia; o relator, Ministro Celso de Mello, assim se manifestou:

O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social.

No mesmo sentido, o RE 134297/SP, em que o STF decidiu pelo dever do Estado de indenizar particular que sofreu limitação administrativa imposta a imóvel de sua propriedade, localizado na Reserva Florestal da Serra do Mar, considerada patrimônio nacional (Constituição Federal, art. 225, § 4º), com o fundamento de que o ato administrativo afetara o conteúdo econômico do direito de propriedade.

O melhor exemplo de construção jurisprudencial em torno da matéria do meio ambiente, aplicando-lhe a máxima efetividade, com a cristalização do entendimento de que se trata de direito fundamental, advém de julgado do Superior Tribunal de Justiça no REsp 575998/MG (2003/0135074-8), relatado pelo Ministro Luiz Fux e julgado pela 1ª Turma em 07/10/2004, com publicação no *DJ* de 16/11/2004, p. 191. O caso concreto está inserido em processo de ação civil pública, no qual se reconheceu a ilegalidade da suspensão de serviços de coleta de lixo, que tem cunho essencial, sendo que a prestação descontinuada causa prejuízo à saúde pública. Em razão de sua singularidade, vale transcrever a íntegra da ementa:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. COLETA DE LIXO. SERVIÇO ESSENCIAL. PRESTAÇÃO DESCONTINUADA. PREJUÍZO À SAÚDE PÚBLICA. DIREITO FUNDAMENTAL. NORMA DE NATUREZA PROGRAMÁTICA. AUTO-EXECUTORIEDADE. PROTEÇÃO POR VIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE. ESFERA DE DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO.

1. Resta estreita de dúvidas que a coleta de lixo constitui serviço essencial, imprescindível à manutenção da saúde pública, o que o torna submisso à regra da continuidade. Sua interrupção, ou ainda, a sua prestação de forma descontinuada, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão necessita utilizar-se desse serviço público, indispensável à sua vida em comunidade.

2. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Trata-se de direito com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado.

3. Em função do princípio da inafastabilidade consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todos os cidadãos residentes em Cambuquira encartam-se na esfera desse direito, por isso a homogeneidade e transindividualidade do mesmo a ensejar a bem manejada ação civil pública.

4. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

5. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar a saúde pública a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

6. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos.

7. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

8. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

9. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

10. 'A questão do lixo é prioritária, porque está em jogo a saúde pública e o meio ambiente.' Ademais, 'A coleta do lixo e a limpeza dos logradouros públicos são

classificados como serviços públicos essenciais e necessários para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado, porque visam a atender as necessidades inadiáveis da comunidade, conforme estabelecem os arts. 10 e 11 da Lei n.º 7.783/89. Por tais razões, os serviços públicos desta natureza são regidos pelo PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE.'

#### 11. Recurso especial provido.

### 3.6 Posição da Legislação Aplicável

Ao lado da disciplina específica do meio ambiente por seu art. 225, a Constituição Federal brasileira traz, no art. 186, inciso II, mecanismo importante de efetividade de seu conteúdo normativo, ao prever, como um dos requisitos exigíveis ao cumprimento da função social da propriedade rural, a "utilização adequada dos recursos naturais e preservação do meio ambiente". A inobservância da função social poderá implicar desapropriação do imóvel por interesse social para fins de reforma agrária, como previsto pelo art. 184, *caput*, da própria Constituição. Ainda no espectro constitucional, há previsão de instrumentos específicos voltados à salvaguarda do meio ambiente, consubstanciados na ação popular (art. 5º, LXXIII) e na ação civil pública (art. 129, inciso III), ambas com regulamentação infraconstitucional<sup>46</sup>. Interessante notar que uma das atribuições do sistema único de saúde é a colaboração na proteção do meio ambiente, como prevê o art. 200, inciso VIII, do texto constitucional.

Sobre o aspecto da efetividade e em nível infraconstitucional, destaca-se, no Brasil, a Lei 9.605/98, que dispõe sobre sanções penais e administrativas impostas a condutas lesivas ao meio ambiente. A eficácia social dessa moldura normativa não reside, apenas, nas sanções a serem impostas nas hipóteses de práticas de ilícitos, mas, também, na possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica quando sua personalidade servir de empecilho ao ressarcimento dos prejuízos causados à qualidade do meio ambiente (art. 4º). No que tange à aplicação da pena, importante observar os casos de atenuantes<sup>47</sup>, que, igualmente, têm, por escopo, a efetividade da normatividade contida na Lei 9.605/98, tanto quanto a definição dos crimes em espécie como sendo de menor potencial ofensivo (art. 27), com o rito da Lei n. 9.099/95. Ainda no âmbito dessa legislação específica e em sintonia com os propósitos da Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Flora e Fauna em Perigo de Extinção – CITES, ratificada pelo Brasil em 06/08/75, merece destaque o § 2º do art. 40, que apresenta como agravante da pena a "ocorrência de dano afetando espécies ameaçadas de extinção no

<sup>46</sup> Leis 4.717/65 e 7.347/85.

<sup>47</sup> O art. 14 da lei elenca as circunstâncias atenuantes: "I – baixo grau de instrução ou escolaridade do agente; II – arrependimento do infrator, manifestado pela espontânea reparação do dano, ou limitação significativa da degradação ambiental causada; III – comunicação prévia pelo agente do perigo iminente de degradação ambiental; IV – colaboração com os agentes encarregados da vigilância e do controle ambiental".

interior das Unidades de Conservação”.

O Capítulo VII da Lei 9.605/98 destina-se à cooperação internacional para preservação do meio ambiente. A esse respeito, a legislação muito deixa a desejar no tocante à efetividade das normas ali contidas, apresentando sistema de cooperação altamente restritivo, propondo a cooperação do Brasil somente em relação à produção de prova, exame de objetos e lugares, informações sobre pessoas e coisas, presença temporária de pessoa presa, cujas declarações tenham relevância para decisão de uma causa, além de outras formas de assistência permitidas pela legislação em vigor e pelos tratados de que o país seja parte. Não bastasse isso, e os dispositivos legais disciplinadores do tema ainda impõem resguardo à soberania nacional, ordem pública e bons costumes, sem alinhamento com a nova ordem jurídica mundial, ao lado de estipularem procedimento burocratizado ao extremo para a cooperação do Brasil.

Uma das incumbências conferidas pelo legislador constituinte ao poder público na disciplina constitucional do meio ambiente, diretamente relacionado ao objeto do presente estudo, é “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”<sup>48</sup> (art. 225, § 1º, inciso VII); a realização dessa proposta faz-se não só pela lei dos crimes ambientais, acima comentada, mas, também, pelos Códigos de Caça, de Pesca e Florestal.

O Código Florestal foi instituído pela Lei 4.771/65, encontrando-se defasado em relação à ordem jurídica atual; ainda assim, a criação de áreas de preservação permanente (arts. 2º e 3º) é medida de reconhecida efetividade, além das restrições impostas para o uso das florestas em geral (arts. 6º a 13 e 16 a 21); ressaltem-se, ainda, as contravenções penais específicas ali tipificadas (art. 26), reforçadas em seu grau de efetividade pelo agravamento das penas, conforme previsão do art. 31<sup>49</sup>. O chamado Código de Caça tem sua disciplina prevista pela Lei 5.197/67, voltada a proteger a fauna; esse diploma legal exprime marco importante ao proibir a caça (arts. 1º e 2º) e ao antecipar no âmbito interno os objetivos da CITES, sobretudo pelo que preconizam seus arts. 3º, *caput*, e 4º. Essa lei é dotada de efetividade, sobretudo, ao atribuir a natureza de crime à ofensa de seus dispositivos (art. 27), instituindo circunstâncias<sup>50</sup> específicas de agravamento da pena no seu art. 29. Por fim, o conhecido Código de

48 Em relação à proibição de praticar crueldades em detrimento dos animais, o STF teve oportunidade de julgar caso interessante em que se discutiu a legitimidade (constitucionalidade) da manifestação cultural conhecida como “farra do boi”, típica do Estado de Santa Catarina; percebe-se do julgado o exercício, pelos julgadores, da ponderação de interesses (colisão de direitos fundamentais), concluindo o tribunal que a prática fere a imposição constitucional de preservação da fauna e da flora e de não provocar crueldade nos animais. Trata-se do RE 153531/SC, relator para o acórdão Ministro Marco Aurélio, julgado pela 2ª Turma em 03/06/97 e publicado no *DJ* de 13/03/98, p. 13.

49 Diz o mencionado dispositivo que são circunstâncias que agravam a pena, além daquelas previstas no Código Penal e da Lei de Contravenções penais: “a) cometer a infração no período de queda das sementes ou de formação das vegetações prejudicadas, durante a noite, em domingos ou dias feriados, em época de seca ou inundações; b) cometer a infração contra a floresta de preservação permanente ou material dela provido”.

50 a) cometer a infração em período defeso à caça ou durante a noite; b) empregar fraude ou abuso de confiança; c) aproveitar indevidamente licença de autoridade; d) incidir a infração sobre animais silvestres e seus produtos oriundos de áreas onde a caça é proibida.”



Pesca foi introduzido no ordenamento jurídico pelo Decreto-Lei 221/67, dispondo sobre a proteção e estímulo à pesca. Esse instrumento legislativo é dotado de efetividade ao delimitar o campo da pesca, determinando que essa pode efetuar-se com fins comerciais, desportivos e científicos (art. 2º, *caput*), ao lado de instituir infrações e penas por seu Capítulo VI.

Interessante observar que essa produção legislativa brasileira na década de 60 é reflexo do debate mundial, ocorrido nos anos 60/70<sup>51</sup>, em torno da constatação de que várias espécies da fauna e da flora se encontravam ameaçadas de extinção, culminando com as negociações sobre a CITES no início da década de 70 e com sua entrada em vigor em julho de 1975. Percebe-se, com nitidez, a tomada de posição interna por influência da ordem mundial, apressando-se os atores estatais em dotar o país de normatividade reguladora da questão atinente à ameaça de extinção de espécies da flora e da fauna.

Contudo, o propósito principal deste trabalho é a investigação em torno das posturas adotadas pelos Estados em geral, em relação ao cenário internacional, ou seja, como se comportam os países diante do direito internacional em matéria de meio ambiente; até que ponto contribuem para a realização dos acordos internacionais firmados por intermédio dos tratados e convenções, sobretudo diante da feição desses instrumentos legislativos.

Para tanto, é preciso analisar o movimento contrário, ou seja, a forma como se implementam as normas internacionais no interior dos Estados, de modo a que estes cumpram seus deveres na órbita internacional, e avaliar os meios de imposição ou de ajuda para que os entes estatais atendam a esses compromissos. Impõe-se o estudo de estruturas específicas de efetividade e seus critérios de avaliação na produção legislativa. Esse é o objetivo dos próximos tópicos.

### 3.6.1 Mecanismos de efetividade: *compliance e enforcement*

A efetividade dos tratados e convenções no âmbito do Direito Internacional Ambiental assume dupla perspectiva: de um lado, é preciso levar em conta as metas traçadas pelos instrumentos legislativos para a resolução dos problemas ambientais; e, de outro, deve-se tomar como ponto de referência a conduta levada a efeito pelos Estados em face das normas contidas nas convenções, o que exige alteração de postura

51 Renata Calsing afirma que a CITES “é resultado de preocupação expressada pelos participantes da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo (Suécia), em junho de 1972, acerca da rapidez com que as espécies da fauna e da flora silvestres do mundo ficavam expostas a ameaças de extinção em função do comércio internacional não regulamentado” (Op. cit. p. 164-165). No site [www.cites.org](http://www.cites.org), encontra-se a seguinte origem da Conferência: “CITES foi esboçada como resultado de uma resolução adotada em 1963, em um encontro dos membros da IUCN (União Conservacionista Mundial)”. Acesso em: 02 fev. 2006. Tradução livre.



dos atores envolvidos em níveis institucionais variados<sup>52</sup>. Nesse ponto, observa-se que a efetividade das convenções destinadas ao regramento das questões relativas ao meio ambiente tomará por base não só as normas em si, constantes desses instrumentos, mas, igualmente, a tomada de posição das partes contratantes. No tópico destinado ao teste de efetividade da CITES serão trilhados, em linhas gerais, esses dois caminhos, investigando-se o texto da convenção a partir dos critérios estabelecidos para aferição de efetividade e a repercussão da CITES no Brasil.

Ponto importante relativo à efetividade do Direito Internacional Ambiental é a diferenciação de seu grau, eis que as convenções são dotadas de normas de caráter cogente e, portanto, exigíveis, e de outras que têm conteúdo programático, voltadas a pontuar orientações e princípios gerais<sup>53</sup>. Ao lado dessa constatação, outros fatores contribuem para a dificuldade de imprimir-se efetividade aos acordos ambientais, a exemplo das disparidades entre as situações dos Estados contratantes, o que se une à escassez de recursos para o implemento dos *standards* ambientais, à ausência de sanções relativas ao desrespeito e à morosidade dos processos legislativos<sup>54</sup>.

Nesse cenário, apresentam-se as estruturas de *compliance* e *enforcement* como mecanismos de fomento à efetividade das convenções de Direito Ambiental, não se podendo inferir que se trata de instrumentos aptos a assegurar a integral efetividade de um regime. Isso, principalmente, se for considerada a realidade de que alguns Estados signatários de acordos ambientais assim o fazem sem acautelar-se acerca dos custos de implementação interna das medidas previstas nas convenções ou, simplesmente, participam dos tratados por interesses os mais diversos, de cunho político, sem qualquer previsão de realização do conteúdo dos acordos nos limites de seu território ou, mesmo, sem o desiderato de contribuir na esfera internacional.

O termo *compliance*<sup>55</sup> relaciona-se à implementação das normas ambientais internacionais no âmbito interno dos Estados, propiciando compatibilidade dos procedimentos adotados por uma parte contratante com as determinações constantes numa convenção ou tratado ambiental. Designa, também, a realização, de fato, das normas de Direito Ambiental no plano internacional, o que induz ao fiel cumprimento dos compromissos assumidos perante a ordem mundial. Nesse passo, tem-se que a *compliance* de um Estado é medida de aferição de sua adesão e comprometimento para

52 Sandrine Maljean-Dubois sustenta que um regime pode ser considerado efetivo se atende a estes requisitos: “assegura a proteção do meio ambiente; conduz ao respeito às regras e padrões postos; conduz à modificação desejada do comportamento humano; é transposto aos diferentes níveis institucionais (regional, nacional, local) pela adoção de leis, regulamentos e a conduta de certas atividades administrativas; tem um impacto por meio de sua própria existência, independentemente da adoção de medidas específicas” (Op.cit. p. 23-24). Tradução livre.

53 CALSING, Renata de Assis. Op. cit. p. 100. Em que pese à assertiva, é preciso atentar para o fato de que os princípios, ao serem positivados, não são desprovidos de normatividade, conforme ensinamento doutrinário (Gomes Canotilho. Op. cit., nota 15) e jurisprudência do STF em torno do tema “densidade normativa” (cf. ADPF 33 MC/PA, relator Ministro Gilmar Mendes, julgada em 29/10/2003 pelo plenário e publicada no *DJ* de 06/08/04, p.20; MI 542/SP, relator Ministro Celso de Mello, julgado em 29/08/2001 pelo plenário e publicado no *DJ* de 28/06/2002, p. 89).

54 MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. Op. cit. p. 25.

55 Segundo Silveira Bueno, *compliance* pode ser traduzido para o português pelos termos condescendência, submissão, aquiescência, flexibilidade (*Minidicionário inglês/português – português/inglês*. São Paulo: FTD, 2000. p. 132).

com os acordos internacionais ambientais.

Sobre esse aspecto, é preciso considerar que *compliance* não se restringe, portanto, à idéia limitada de implementação<sup>56</sup>, para atingir dimensão diversa relacionada com as obrigações procedimentais e substantivas específicas, além do espírito, de um tratado<sup>57</sup>. Isso leva à conclusão de que não se trata de estrutura estática, mas verdadeiro processo, dotado de dinamicidade; nesses termos, todas as atitudes em prol da *compliance* devem estar em permanente mudança.

Intimamente ligado à categoria da *compliance* está o mecanismo conhecido como *enforcement*, destinado a compelir os Estados a atender aos ditames dos regimes protetores do meio ambiente. Entretanto, por vezes, nada obstante a adoção de medidas positivas nesse sentido, os Estados não conseguem evitar a ocorrência de danos, o que exige condutas sancionatórias das violações ocorridas, que acabam por propiciar a execução (no sentido de *compliance*) das normas ambientais<sup>58</sup>.

Os procedimentos de *enforcement* não têm apenas escopo repressivo, mas, principalmente, preventivo, de maneira a apontar soluções consensuais, evitando conflitos e salvaguardando a estabilidade do regime. Apresentam-se como meios extrajudiciais para resolução de controvérsias. Vale considerar, aliás, que o apelo às sanções não é medida das mais aplaudidas por estudiosos do tema, que entendem como perda de tempo os esforços para negociar cláusulas sancionatórias nos tratados e invocar sanções unilaterais por força de violações<sup>59</sup>. Sugerem um processo iterativo de discurso entre as partes, organizações e o público em geral.

No âmbito da CITES<sup>60</sup>, têm-se, no artigo VIII, as medidas a serem adotadas pelas partes, sendo que o § 1 elenca mecanismos a que é atribuído caráter de *enforcement*; preceitua o dispositivo:

1 - As Partes adotarão as medidas apropriadas para velar pelo cumprimento das disposições desta Convenção e proibir o comércio de espécimes em violação das mesmas. Estas medidas incluirão:

- a - sancionar o comércio ou a posse de tais espécimes, ou ambos; e
- b - prever o confisco ou devolução ao Estado de exportação de tais espécimes.

56 CHAYES, Abram; CHAYES, Antonia Handler; MITCHELL, Ronald B. Managing compliance: a comparative perspective. In: WEISS, Edith Brown e JACOBSON, Harold K. *Engaging countries – strengthening compliance with international environmental accords*. London: MIT Press, 2000. p. 39.

57 JACOBSON, Harold K.; WEISS, Edith Brown. A Framework for Analysis, In: WEISS, Edith Brown e JACOBSON, Harold K. Op. cit. p. 5 (Tabela 1.1).

58 Renata de Assis Calsing conclui, assim, que “o *enforcement* é a resposta dada à situação de *não-compliance* com os tratados” (Op. cit. p. 144).

59 CHAYES, Abram; CHAYES, Antonia Handler; MITCHELL, Ronald B. Op. cit. p. 41.

60 A questão relacionada ao monitoramento de *compliance* e *enforcement* da CITES será apreciada no item referente ao teste de efetividade dessa Convenção (4.2).

Um dos obstáculos à maior eficiência da estrutura de *enforcement* é a resistência em torno de concessão de parcela da soberania pelos Estados para que as instituições executem as medidas a serem adotadas pelas instituições em geral, consoante previsto nos tratados. É preciso haver assimilação do novo conceito de soberania compartilhada e percepção da idéia de governança global, em aproximação ao conceito de regime, vale dizer, referindo-se à criação e operacionalização de regras em níveis diversos e ao envolvimento de atores sub e transnacionais<sup>61</sup>.

### 3.6.2 Critérios de efetividade dos instrumentos legislativos

A análise da efetividade dos regimes de Direito Internacional Ambiental faz-se por intermédio de critérios diversificados edificados pela doutrina dedicada ao tema; pode-se dizer que, na avaliação de um tratado ou convenção, delineiam-se fatores endógenos do texto acordado entre as partes, ao lado de elementos exógenos, cujo somatório vai apontar para a maior ou menor efetividade de um determinado regime.

Não há consenso geral acerca dos critérios mencionados<sup>62</sup>; para os objetivos deste trabalho, são escolhidos aqueles que melhor se aplicam à análise da CITES, objeto de investigação selecionado. Assim é que, a título de fatores internos, servem de modelos de medição da efetividade de uma convenção a clareza do texto, por meio da objetividade e da vinculação das normas, a definição dos objetivos traçados, a previsão de sanções, as formas de controle estipuladas e o número de signatários. Como critérios de cunho externo ao texto, ligados especificamente ao regime implementado, devem ser sublinhados o número de atores envolvidos, com atenção à participação do hegemom, a viabilidade econômica e o consenso científico.

A clareza do texto de uma convenção está intrinsecamente ligada à objetividade e vinculação das normas nele estipuladas. No âmbito do Direito Internacional é conhecida a divisão doutrinária entre as *soft* e as *hard norms*, ligadas, respectivamente, à menor ou maior vinculação das partes aos atos normativos. Em linhas gerais, os acordos internacionais contêm a primeira espécie de normas, o que não tem o condão de desvalorizá-los enquanto instrumentos legislativos, eis que veiculam, em si, princípios gerais que servem de vetores aos signatários para a adoção e permanência do regime com o dinamismo que lhe é exigido, notadamente pela feição, hoje, assumida pela sociedade globalizada.

De outro lado, a objetividade das normas previstas implica diretamente uma maior definição em torno dos escopos pretendidos por uma convenção. Verifica-se que

<sup>61</sup> STOKKE, Olav Schram. Op. cit. p. 30.

<sup>62</sup> Renata de Assis Calsing faz boa síntese dos fatores, em geral, levados em consideração pelos estudiosos (Op. Cit. p. 101-102).

essa objetividade eleva o nível de comprometimento dos países envolvidos, culminando, no caso do meio ambiente, com sua maior proteção e, ao mesmo tempo, reduz o desvio das finalidades do tratado, ao lado de permitir mudança de comportamento dos Estados, com adoção de novos *standards*. Deve ser registrado que a exigência de um texto claro e com objetivos definidos não pode significar orientação em torno de um sistema normativo fechado, sob pena de inviabilizar-se o próprio regime, dado o processo de dinamicidade das relações internacionais.

Outro elemento utilizado para aferição da efetividade das convenções é a previsão de sanções, questão imediatamente atrelada às estruturas de *compliance* e *enforcement*, como já delineado. O poder sancionatório tem estreita ligação com a capacidade jurídica da norma de gerar efeitos. As formas de sanções utilizadas nos tratados e convenções costumam ser identificadas como meios de *enforcement* para as hipóteses de *non-compliance*, sendo as mais comuns a retirada de privilégios, pressões diplomáticas, sanções unilaterais e restrições comerciais<sup>63</sup>. As formas de controle das convenções destinam-se, precipuamente, à verificação constante da efetividade do regime, exercendo importante papel de acompanhamento da implementação e alcance de objetivos das convenções, e consubstanciam-se, basicamente, em monitoramento por meio de relatórios e inspeções/investigações. O número de países signatários do texto de uma convenção é fator evidente de indicação da efetividade desse instrumento legislativo, porquanto a maior participação de Estados significará mais implementação e controle, ao lado de constituir-se em mecanismo preponderante em favor do que se vem chamando de governança global.

A nova realidade da governança global não prescinde – ao contrário, precisa – da participação do maior número de atores envolvidos na preservação de um regime, a exemplo não só do Estado, como de membros da sociedade civil, normalmente unidos em organizações não-governamentais, e de comunidades científicas, estas, formadoras de opinião. Interessante observar que a atuação conjunta desses atores impulsiona a criação de uma nova ótica axiológica, pautada numa dimensão globalizada, com a geração de um consenso impositivo aos Estados em geral. A viabilidade econômica mantém e, ao mesmo tempo, altera os rumos de determinado regime, porquanto a equação custo-benefício é pressuposto da efetividade dos tratados e convenções, e isso se avulta no âmbito interno de cada país signatário, uma vez que fatores metajurídicos – históricos, culturais, sociais, econômicos – em tudo contribuem para o alcance de resultados<sup>64</sup>.

63 Um detalhamento sobre essas medidas, de forma sintética e sistemática, pode ser encontrado em CALSING, Renata de Assis. Op. cit. p. 146-149.

64 Em estudo sobre desigualdades regionais e biodiversidade ecológica no Brasil, Murillo de Aragão e Stephen Bunker mencionam a alternância de *compliance* no país, a depender dos tratados subscritos, por força das “condições políticas e geográficas nas diferentes regiões do país” (Brazil: regional inequalities and ecological diversity in a federal system. In: WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. Op. cit. p. 475).

Por fim, critério determinante da efetividade de uma convenção é o prévio consenso científico em torno do tema de que ela vai cuidar; as pesquisas e soluções apresentadas compõem como fator imprescindível para a formação de políticas públicas no âmbito dos Estados, colaborando as descobertas e os estudos simulados para a consecução dos regimes, sobretudo no âmbito do Direito Ambiental, cujos problemas são fluidos e indeterminados.

A seguir, será desenvolvido teste de efetividade da Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Flora e Fauna em Perigo de Extinção – CITES, tomando-se, por suporte, os critérios mencionados, com avaliação do texto da convenção e do contexto de sua criação e, finalizando, com análise da aplicabilidade da CITES no Brasil.

### 3.7 Teste de efetividade da CITES

Os estudos que se vêm fazendo sobre a efetividade da CITES destinam-se, quase que exclusivamente, à averiguação em torno do declínio – ou não – de espécies em extinção no mundo. Barnabas Dickson<sup>65</sup> noticia um trabalho independente promovido por comissão instituída pelas partes contratantes em 1994, época em que não foi feita nenhuma nova descoberta sobre a aptidão das medidas comerciais para o desenvolvimento da conservação das espécies. Segundo o mesmo autor, em 2001, a organização não governamental IUCN (*The World Conservation Union*), em novo estudo, explicitamente, reconheceu a dificuldade de avaliar padrões comerciais relacionados à convenção, o que não se dá apenas pela carência de dados, mas por vários fatores. A extensão comercial é apenas um desses que podem afetar a realidade do que está acontecendo com as espécies. Nesse sentido, o que aqui se pretende é, tão-só, apreciar o grau de efetividade em abstrato do texto da CITES, para culminar com a apresentação de um quadro geral e sintético da convenção no Brasil.

#### 3.7.1 A Convenção<sup>66</sup>

A CITES é um acordo internacional entre governos, sendo seu objetivo assegurar que o comércio internacional de espécies de animais e plantas silvestres não ameace sua sobrevivência. A convenção submete o comércio de espécimes de espécies<sup>67</sup> selecionadas a certos controles. Toda importação, exportação, re-exportação

<sup>65</sup> International conservation treaties, poverty and development: the case of CITES”. In: *Natural resource perspectives*, informativo publicado pelo ODI, instituto de pesquisa do Departamento para o Desenvolvimento Internacional – DFID, n. 74, janeiro de 2002. p. 3.

<sup>66</sup> Os dados a seguir apresentados foram extraídos do site [www.cites.org](http://www.cites.org). Acesso em: 05 fev. 2006; tradução livre.

<sup>67</sup> O artigo I do texto da CITES faz distinção conceitual entre espécie e espécime.

e introdução de espécies alcançadas pela convenção tem de ser autorizada por um sistema de licenciamento. Cada parte contratante da CITES deve designar uma ou mais autoridade administrativa para gerir esse sistema de licenciamento e uma ou mais autoridade científica para acompanhar os efeitos do comércio sobre o *status* das espécies.

A estrutura da CITES é composta pela Conferência das Partes, seu Comitê Permanente, com os comitês de animais, de plantas e de nomenclatura. Tem-se a Secretaria da CITES, sediada em Genebra na Suíça e administrada pelo UNEP, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, órgão de apoio à estrutura, o qual contém o Centro de Monitoramento de Conservação Mundial e se une, na base da estrutura da convenção, às organizações não governamentais Traffic e IUCN.

### 3.8 Panorama geral<sup>68</sup>

A CITES teve a negociação em torno de seu texto encerrada em 03 de março de 1973, na cidade de Washington, nos Estados Unidos, com entrada em vigor em 1º de julho de 1975; trata-se de ato internacional com natureza multilateral e abrangência global. A convenção foi subscrita pelo Brasil em 1973, com entrada em vigor no ano de 1975; foi ratificada pelo Decreto Legislativo 54/75 e promulgada pelo Decreto 76.623/75. Atualmente a CITES conta com 169 países contratantes.

A convenção dispõe, em 25 artigos, sobre princípios fundamentais: regulamentação do comércio de espécimes de espécies incluídas em três anexos<sup>69</sup>; licenças e certificados; isenções e outras disposições relacionadas ao comércio; medidas que deverão as partes adotar para velar pelo cumprimento das disposições convencionadas; designação de autoridades administrativas e científicas; e comércio com Estados que não são partes na convenção.

### 3.9 Contexto

Como já observado (item 3.1.3 – cf. nota 51), a CITES é fruto de debate ocorrido na década de 60, época em que se constatou a necessidade de regulamentar-se a cooperação entre os Estados com vistas a proteger as espécies ameaçadas de extinção<sup>70</sup>.

68 Os dados a seguir apresentados foram extraídos dos sites [www.mma.gov.br](http://www.mma.gov.br) e [www.cites.org](http://www.cites.org). Acesso em: 05 fev. 2006.

69 Os Anexos I, II e III da CITES são listas de espécies que fornecem diferentes níveis ou tipos de proteção à superexploração. Os artigos II a V da convenção disciplinam a matéria.

70 Edith Brown Weiss anota que, no final da década de 40, o comércio da fauna e da flora ameaçadas expandiu-se rapidamente, o que levou a organização IUCN, em 1960, a iniciar um trabalho junto aos governos, no sentido de restringir a importação de animais e de produtos de animais; Op. cit. p. 106.



Tem-se que o texto não foi gerado de discussão politizada, com ampla negociação, mas de um fenômeno de colonização, que culminou com a advertência governamental em face das populações dos Estados mais desenvolvidos e como resultado da proeminência dos países do Norte sobre os do Sul. Ao lado desse segmento, colocaram-se as comunidades epistêmicas, ratificando o caráter elitista emprestado ao processo de criação da CITES, sem que as populações diretamente atingidas participassem das decisões<sup>71</sup>. Sobre esse aspecto, acrescenta Barnabas Dickson que “a assinatura do tratado foi precedida de uma década de debates e negociações entre governos e conservacionistas do mundo desenvolvido, com pequena influência dos países em desenvolvimento”, para, também, mencionar a exclusão da opinião pública que não fosse aquela dos entes estatais e das comunidades científicas<sup>72</sup>.

Outro não é o posicionamento de Rosie Cooney, ao comparar a elaboração da CITES com o processo de criação da Convenção sobre Biodiversidade Biológica (CBD); a autora reconhece as diferenças políticas e legais em termos ambientais, impostas pela distância de duas décadas, e sublinha a pouca politização e parca negociação quando da confecção do texto, enquanto a CBD suscitou intenso processo de negociação internacional<sup>73</sup>.

### 3.10 Texto

Uma análise minudente do texto da CITES foge aos limites deste estudo, razão pela qual se faz breve apreciação dos aspectos considerados mais marcantes, notadamente sob o enfoque da efetividade da convenção, o que se realizará com aplicação dos critérios edificados pela doutrina para aferição da eficácia do acordo.

O preâmbulo do texto da CITES, sobre reconhecer a necessária cooperação internacional para eliminação da excessiva exploração de certas espécies da fauna e da flora, registra seu valor econômico, além dos referenciais estético, científico, cultural e recreativo. No que se relaciona aos princípios fundamentais<sup>74</sup> (artigo II), verifica-se que há preocupação em regulamentar, de forma restritiva, o comércio das espécies da fauna e da flora, sem atenção ao conceito de desenvolvimento sustentável; sobre esse enfoque, Rosie Cooney<sup>75</sup> detecta dois princípios emergentes no período entre a CITES e a CBD – tratamento de forma integrada das questões atinentes ao meio

71 CALSING, Renata de Assis, op. cit., p. 164, e CONSTANTIN, François, *L'humanité, l'éléphant et le paysan: bien commun et pouvoir local*. Disponível em: [www.ceri-sciences-po.org](http://www.ceri-sciences-po.org). p. 118 e 124. Acesso em: 05 fev. 2006.

72 Op. cit. p. 1; tradução livre.

73 *CITES & the CBD: tensions and synergies*, publicado em RECIEL n. 10 (3), 2001. Disponível em: [www.resourceafrica.org/documents/2001/2001\\_cites\\_cbd.pdf](http://www.resourceafrica.org/documents/2001/2001_cites_cbd.pdf). Acesso em: 05 fev. 2006.

74 Sobre a importância, conceito e função dos princípios fundamentais em um texto normativo, cf. PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da constituição e os princípios fundamentais* – elementos para uma hermenêutica constitucional renovada. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 136-156.

75 Idem. Renata de Assis Calsing, porém, adverte para a necessidade de aplicação da CITES em conformidade com os princípios 2 e 4 da Declaração de Estocolmo (1972); Op. cit. p.165.



ambiente e ao desenvolvimento e responsabilidades comuns, mas diferenciadas de países desenvolvidos e em desenvolvimento. Ainda no âmbito do caráter rígido da comercialização, o texto impõe a participação das autoridades científica e administrativa (artigo III).

Questão interessante abordada no texto da CITES é a concernente às isenções (artigo VIII) permitidas aos países contratantes, em harmonia com a previsão contida no preâmbulo, uma vez que o regramento rígido da comercialização pode ser dispensado nas hipóteses de “objetos pessoais ou de uso doméstico” (§ 3), nos casos de “empréstimo, doação ou intercâmbio não comercial entre cientistas ou instituições científicas [...] de espécimes de herbário [...] museu” (§ 6) e, ainda, de espécimes “que sejam parte de um parque zoológico, circo, coleção zoológica ou botânica ambulantes ou outras exposições ambulantes” (§ 7). Ressaltem-se as obrigações internas contidas no artigo VIII e os efeitos sobre a legislação nacional e convenções internacionais previstos no artigo XIV, que vêm ao encontro do conceito clássico de soberania, em distanciamento ao que preconiza a CBD, como adverte Rosie Cooney<sup>76</sup>, e em detrimento de medidas globais, próprias do atual estágio das relações internacionais. Ainda sob essa ótica, merece registro a possibilidade de apresentação de reservas específicas<sup>77</sup>, vedadas as reservas gerais (artigo XXIII).

A análise empreendida por Barnabas Dickson<sup>78</sup> em torno do texto da CITES aponta para um caráter evolutivo do texto da convenção, ao pontuar a mudança da estrutura simples de controle do comércio para um regime mais complexo e ao demonstrar que a inclusão de lista discriminada de populações diferentes das mesmas espécies em anexos diversos, indicativos de maior ou menor risco de extinção, bem assim, o mecanismo das cotas para o comércio dos espécimes, são medidas positivas em prol da salvaguarda da fauna e da flora, a exemplo do ocorrido com os crocodilos e com os elefantes.

Os outros elementos merecedores de destaque concernentes ao texto da convenção têm ligação direta com os critérios utilizados para medir sua efetividade, no ponto em que interferem com a dicção da CITES. Isso é objeto do próximo subitem.

### 3.10.1 Efetividade da Convenção: aplicação dos critérios

Como consignado no subitem 3.3, tem-se que a clareza do texto de um tratado está atrelada à objetividade e à vinculação de suas normas. No caso da CITES,

<sup>76</sup> Op. cit.

<sup>77</sup> De acordo com a lista de reservas específicas ofertadas, elaborada pelo site [www.cites.org](http://www.cites.org), não é encontrada nenhuma reserva apresentada pelo Brasil. Acesso em: 05 fev. 06.

<sup>78</sup> Op.cit. p. 2.

verifica-se que ela dispõe de sistema próprio para as obrigações a serem cumpridas, o que se dá no bojo do texto e nos anexos; esses anexos voltam-se ao controle das espécies sob proteção, prevendo flexibilidade exigível de acordo com maior ou menor grau de risco quanto à ameaça de extinção das espécies. Quanto à cogência de suas normas, tem-se que a convenção vincula juridicamente os Estados contratantes, com observância, porém, da legislação local, conforme se extrai do artigo XIV; vale considerar, porém, que esse dispositivo tem por objetivo encorajar os países membros da CITES a adotarem medidas internas rígidas em relação ao comércio das espécies de que trata a convenção, em sintonia com o regime rígido contemplado em seu texto<sup>79</sup>. Os Estados subscritores da CITES estão, igualmente, vinculados às normas contidas no artigo VIII de seu texto, que disciplina medidas a serem adotadas pelas partes, esboçando um elenco de competências materiais a serem exercidas pelos Estados, ligadas, em toda sua extensão e conteúdo, pela designação de autoridades administrativa e científica, nos moldes previstos pelo artigo IX. A submissão ao regime da CITES implica aceitação do sistema rígido implementado em relação ao comércio de espécimes, conforme disciplina obrigatória do artigo V. Pode-se, pois, afirmar que o texto da CITES é claro, objetivo e vinculante<sup>80</sup>.

O reconhecido caráter evolutivo do texto da CITES (subitem 4.1.3) faz concluir que seus objetivos foram plenamente definidos quando de sua elaboração, mas se apresentam em permanente definição ao longo do tempo. A flexibilidade do regime, utilizando a compatibilização das normas internas com as propostas da comunidade internacional, ao lado do constante controle do próprio texto, por meio da alternatividade do conteúdo de seus anexos, são elementos demonstrativos da permanente evolução dos objetivos da CITES. Se assim não fosse, até pelo transcurso de trinta anos de seu advento, a convenção já teria caído em desuso, experimentando o fenômeno da dessuetude.

Um importante dado da efetividade da CITES é o expressivo número de signatários – 169 – abrangendo países de todas as regiões do mundo, sendo de assinalar-se que todos os Estados que assinaram a convenção já a ratificaram<sup>81</sup>. Isso reforça seu papel efetivo no âmbito interno de seus membros e repercute, eficazmente, na órbita internacional. Ainda sobre esse aspecto, vale observar que 52 países da África<sup>82</sup>, onde o comércio de animais silvestres é de importância capital para a economia de sua população, subscreveram e ratificaram a CITES, também servindo esse ponto de índice

79 Apenas para exemplificar, transcreve-se o § 1 do artigo XIV: “As disposições da presente Convenção não afetam, de modo algum, o direito das Partes de adotar: a. medidas internas mais rígidas com referência às condições de comércio, captura, posse ou transporte de espécimes de espécies incluídas nos Anexos I, II e III, ou proibi-los inteiramente; ou, b. medidas internas que restrinjam ou proíbam o comércio, a captura ou o transporte de espécies não incluídas nos Anexos I, II ou III” (versão em português do texto da CITES, extraída do [site www.mma.gov.br](http://www.mma.gov.br). Acesso em: 05 fev. 2006).

80 Renata de Assis Calsing, em análise da convenção, afirma que esta “portanto, não é uma *soft norm*, já que seu cumprimento se faz necessário para as suas partes. Contudo, existe um mecanismo interno de aplicação da CITES que permite que um Estado faça reserva 90 dias antes da entrada em vigor da listagem da espécie controvertida, se isso lhe for afetar de maneira gravosa. Esse Estado passa a ser considerado como não parte da CITES para essa determinada espécie”, op. cit., p. 194.

81 Esse dado foi obtido junto ao [site www.cites.org](http://www.cites.org). Acesso em: 05 fev. 2006.

82 Idem.

positivo na aferição da efetividade da convenção. Os países de grande biodiversidade apresentam-se, no caso da CITES, como os *hegemon*s, a exemplo das nações africanas, do Brasil, dos Estados Unidos, comparecendo todos eles como integrantes da convenção.

No âmbito dos fatores endógenos do texto de um tratado, para fins de verificação de sua efetividade, entremostam-se como condições fundamentais previsão de sanções e formas de controle do instrumento legislativo, o que deve ser apreciado sob as luzes das estruturas de *compliance* e *enforcement* (cf. subitem 3.2). No caso da CITES, a vigilância do comércio de espécies ameaçadas de extinção, por meio de concessão de licenças e certificados para exportação, importação, re-exportação e introdução de espécimes, conforme artigo VI da convenção, é importante mecanismo de sua efetividade, o que se reforça pela disciplina instituída pelos artigos VIII e XIII. Instrumento importante de monitoramento da *compliance* da CITES é o envio de relatórios anuais (artigo VIII, § 7) pelas partes acerca da implementação da convenção, com dados das importações/exportações das espécies listadas, além das permissões e dos certificados emitidos; ademais, há determinação de remessa de relatórios bienais (artigo VIII, § 7) sobre as medidas administrativas, reguladoras e legislativas adotadas para promover implementação e *enforcement*. Edith Brown Weiss dá notícia de que a Secretaria da CITES tem repetidamente expressado frustração com a qualidade e a quantidade de relatórios recebidos, registrando declínio de remessas em torno de 30% em 1990; de outro lado, anota que uma importante ferramenta de *compliance* é o Relatório de Infrações publicado pela Secretaria em cada Conferência das partes, detalhando os países que violaram os controles do comércio das espécies listadas.<sup>83</sup> A mesma autora aponta, ainda, como mecanismo para assegurar a *compliance* da convenção, as iniciativas que vêm sendo tomadas na esfera da educação e do treinamento, com estratégia própria de “treinar os treinadores”, por intermédio da promoção de seminários e da distribuição de material<sup>84</sup>. Pode-se mencionar, também, a inspeção para verificação da existência de espécie ameaçada de extinção pelo comércio, o que está previsto como uma das medidas de nível internacional (artigo XIII, § 2).

Dentre os mecanismos de encorajamento para cumprimento de suas regras, a CITES admite retirada de privilégios, pressões diplomáticas, sanções unilaterais e restrições comerciais. Weiss conclui que a CITES é, inerentemente, difícil de submeter-se ao regime de *enforcement*, prevendo que o avanço tecnológico da área de informações poderá ajudar nesse aspecto<sup>85</sup>.

Quanto aos fatores externos ao texto, mas que também são essenciais ao teste de efetividade de um tratado, sobressai, inicialmente, o número de atores envolvidos, o que tem sido considerado como ponto positivo no caso da CITES; além do elevado número de entes estatais, como já observado, a convenção conta com a necessária participação

83 Op. cit p. 112-113.

84 Idem. p. 115.

85 Idem. p. 116.

da comunidade epistêmica, eis que a autoridade científica do Estado contratante atua lado a lado com a autoridade administrativa na política de regulamentação do comércio (artigos III e IV), além de desempenhar papel decisivo nas medidas a serem adotadas pelo país (artigo VIII). No mais, o artigo IX da convenção estabelece que as partes designarão, ao lado da(s) autoridade(s) administrativa(s), autoridade(s) científica(s) para o atendimento dos fins da CITES. A convenção conta, ainda, com a adesão das organizações não governamentais, que têm autorização para figurar como observadores nas conferências, embora sem direito a voto (artigo XI, § 7), o que se agrega ao apoio financeiro dado à implementação da CITES e, sobretudo, à sua capacidade de formar, informar e transformar a consciência pública. Reconhecidamente, a IUCN e a Traffic são as organizações com maior peso na consecução da efetividade da CITES, merecendo destaque a ONG brasileira intitulada RENTAS<sup>86</sup>.

Quanto à viabilidade econômica da convenção<sup>87</sup>, os custos de sua Secretaria, Conferência das Partes e comitês permanentes são subsidiados pelo Fundo de Crédito da CITES, que se forma pelas contribuições advindas das partes contratantes. Há, ainda, recursos externos destinados a projetos ou atividades e que derivam de resoluções e deliberações adotadas nas reuniões da Conferência das Partes; esses recursos são fomentados por agências e organizações inter e não governamentais<sup>88</sup>.

Por fim, cita-se o consenso científico como elemento catalisador da efetividade de um regime de direito internacional ambiental, o que, no caso da CITES, já foi observado, dado o processo de formação desse acordo, que se operou pela conjunção de vontades e de decisões dos entes estatais e das comunidades epistêmicas. No caso específico da convenção em estudo, os cientistas comparecem como atores essenciais, dada a natureza do objeto que se visa proteger – a fauna e a flora –, que exige conhecimento científico próprio e especializado, notadamente na regulamentação do sistema de comércio.

### 3.10.2 A efetividade da CITES no Brasil

Apesar da evidente importância da CITES para um país como o Brasil, dada sua biodiversidade<sup>89</sup>, a implementação do acordo é considerada problemática, de vez

86 Assim define-se a RENTAS: “Fundada em 1999, a Rencntas é uma organização não-governamental, sem fins lucrativos, que combate o tráfico de animais silvestres. Baseada em Brasília-DF, desenvolve suas ações em todo o Brasil, por meio de parcerias com a iniciativa privada, o poder público e o terceiro setor.”; extraído do site [www.rencntas.org](http://www.rencntas.org). Acesso em: 05 fev. 2006.

87 Uma boa apreciação dos incentivos econômicos e da CITES é encontrada no informativo da IUCN, elaborado em razão da 13ª Conferência das Partes da Convenção, ocorrida em outubro de 2004, em Bangkok, na Tailândia; boletim encontrado no site [www.iucn.org](http://www.iucn.org). Acesso em: 06 fev. 2006.

88 Dados obtidos no site [www.cites.org](http://www.cites.org). Acesso em: 06 fev. 2006.

89 Segundo informações obtidas no site [www.unb.org](http://www.unb.org) (“desenvolvimento sustentável” – “ambiente Brasil”), o Brasil abriga mais de 10% de 1.400.000 seres vivos catalogados no planeta, sendo o primeiro em primatas, borboletas e anfíbios na classificação mundial de espécies. Acesso em: 06 fev. 2006.

que as espécies protegidas se encontram, geralmente, em regiões pobres e remotas, onde a presença governamental é tímida, e a economia local depende, em larga escala, da extração de recursos naturais<sup>90</sup>. No mais, embora tenha o país subscrito e ratificado a CITES em seus primórdios, a pré-existência de uma legislação interna considerada até mais rígida do que as normas instituídas pela convenção, aliada a razões de ordem política, fez com que, apenas em 1981, se iniciasse processo de aplicação e de realização local da CITES, com o estabelecimento do Programa Nacional Ambiental e a designação de autoridades administrativas, até que fosse criado o IBAMA, que se encarrega não só da gerência administrativa da convenção, mas, também, figura na condição de autoridade científica.

Um elemento de destaque citado pela doutrina<sup>91</sup> como facilitador da *compliance* da CITES no país é a contribuição de nações vizinhas, como Bolívia e Paraguai, a partir de 1986, que passaram a reprimir o contrabando de espécies ameaçadas oriundas do Brasil. Trata-se, sem dúvida, de medida positiva, mas que não é suficiente à atuação dos contrabandistas, que permanecem desafiando os esforços governamentais, em prol da operacionalização da convenção no território brasileiro e na contribuição do Brasil na esfera internacional. Para que se tenha uma idéia da gravidade dessa situação, é sabido que os traficantes de animais movimentam cerca de 10 a 20 bilhões de dólares em todo o mundo, colocando o comércio ilegal de animais silvestres na terceira maior atividade ilícita do mundo perdendo apenas para o tráfico de drogas e de armas; o Brasil participa com 15% desse valor, aproximadamente 900 milhões de dólares<sup>92</sup>.

O aumento do número de atores envolvidos com a causa ambiental a partir da década de 80 tem contribuído para estimular comportamento mais responsável dentre aqueles que desejam importar e exportar espécies ameaçadas, o que se reflete pelo crescente número de licenças emitidas<sup>93</sup>; ainda assim, o comércio de espécies listadas pela CITES representa apenas 5% do total<sup>94</sup>.

De uma maneira geral não se pode afirmar que o Brasil venha atendendo aos propósitos da CITES, apesar de considerar-se o país em dia quanto a suas obrigações financeiras com a convenção e com a elaboração e a divulgação de relatórios anuais concernentes às permissões de exportação e importação. Ocorre que, no item relacionado ao comércio internacional de espécies em extinção, a performance do Brasil é considerada muito ruim<sup>95</sup>, observando-se que existem, no país, 218 espécies de animais que se encontram ameaçadas de extinção, sendo que sete delas foram consideradas extintas por não haver registros de sua passagem, observação e presença

90 ARAGÃO, Murillo de; BUNKER, Stephen. Op. cit. p. 489.

91 Idem. p. 490.

92 Dados obtidos no site [www.unb.org](http://www.unb.org). Acesso em: 06 fev. 2006.

93 Entre 1987 e 1996, o número de licenças para importação cresceu de 7 para 195; entre 1986 e 1996, as licenças para exportação também apresentaram resultado crescente: de 497 para 688, com marca superior em 1991, quando foram emitidas 705 licenças para exportação. In: ARAGÃO, Murillo de; BUNKER, Stephen. Op. cit. p. 491 (Tabela 14.3).

94 Idem. p. 490.

95 Idem. p. 491.

nas matas há mais de 50 anos; nesse cenário, o Brasil ocupa o segundo lugar no mundo de espécies de aves ameaçadas<sup>96</sup>.

Uma visão panorâmica da pouca efetividade da CITES no Brasil pode ser extraída da análise que se faça do relatório elaborado pela Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, destinada a investigar o tráfico de animais e de plantas silvestres da fauna e da flora brasileiras; a CPI foi constituída em 07/11/2002 e instalada em 13/11/2002, tendo sido presidida pelo Deputado Luiz Ribeiro, com relatoria do Deputado Sarney Filho. Foram realizadas diversas audiências públicas e diligências especiais, como inspeções em criadouros e madeireiras. Os principais casos específicos apurados foram os seguintes: 1) exploração ilegal de pau-brasil, com o propósito de produção de peças musicais; 2) corrupção de alguns servidores do IBAMA, principalmente envolvidos no esquema de comercialização de ATPFs; 3) existência de diversas madeireiras irregulares, sobretudo no sul da Bahia; 4) o "caso Rossmaien", pesquisador do INPA, que estaria envolvido em irregularidades nas atividades que desenvolve, sendo autuado por transporte irregular de animais; 5) Panta Alves dos Santos e outros suspeitos de tráfico de animais; 6) criadouro de animais silvestres com atividades irregulares, em diversos Estados; 7) exportação ilegal de peixes ornamentais oriundos do Amazonas, em especial para a Colômbia; 8) biopirataria respaldada em convênios internacionais; 9) pesquisa científica na Amazônia – coleta de material científico por estrangeiro, com envio de dados e amostras do patrimônio genético ao exterior; 10) o "caso Araguañã" – tráfico de ovos de psitacídeos e outras aves da região de Araguañã/Maranhão.

Três temas foram destacados pela CPI em suas conclusões: a) tráfico de animais silvestres; b) exploração e comércio ilegal de madeira; c) biopirataria (recursos do patrimônio genético brasileiro têm sido objeto de furto e de agregação de valor). Assim é que a Comissão apontou as seguintes recomendações específicas para o tráfico de animais silvestres, o que, em tudo, se aproxima da normatividade contida na CITES: a) aperfeiçoamento da legislação federal; b) organização do sistema de fiscalização e controle; c) instalação de centros de triagem de animais apreendidos pelas ações de fiscalização ambiental; d) implantação de programas de geração de rendas para as populações que se abastecem do tráfico para a própria sobrevivência; e) definição de política nacional; f) implementação de campanhas educativas; g) organização da atividade pesqueira, com atualização da produção legislativa<sup>97</sup>.

Apesar dos esforços empreendidos pelos Poderes Executivo e Legislativo, por intermédio das medidas acima registradas, percebe-se que a CITES tem baixa repercussão no Brasil, à míngua de mecanismos propulsores de sua efetividade e de políticas públicas que se alinhem com os objetivos definidos e redefinidos em seu texto.

96 Dados obtidos no site [www.unb.org](http://www.unb.org). Acesso em: 06 fev. 2006.

97 A íntegra do relatório é encontrada no site [www.renctas.org](http://www.renctas.org). Acesso em: 06 fev. 2006.



Outro importante instrumento que se presta a demonstrar a situação do tráfico de animais silvestres no Brasil é o Relatório RENCITAS, elaborado em 2001, que traz dados precisos sobre a questão. Assim é que o estudo<sup>98</sup> aponta três principais motivos pelos quais a atividade cresce no Brasil e no mundo: a) o tráfico de drogas está cada vez mais arriscado e difícil, sendo que o tráfico de fauna silvestre possui menor risco, com lucro quase igual, além do menor investimento em seu combate; b) uma parte das polícias, alfândegas e autoridades judiciais ainda, freqüentemente, considera que o comércio ilegal de fauna silvestre não é um crime sério; os recursos investidos no combate desse comércio são muito pequenos, e os violadores, quando pegos, não são punidos severamente; c) nos últimos 50 anos, o comércio internacional (em que se inclui a fauna) cresceu 14 vezes; esse crescimento ensejou aumento no volume de cargas nas alfândegas, com conseqüente menor possibilidade de fiscalização das mercadorias.

Conforme registrado na abertura deste item, existe uma gama de fatores associados a propiciar o tráfico da fauna silvestre no Brasil. Nesse sentido, o relatório da RENCITAS destina parte de sua abordagem à configuração do que chama de “Estrutura Social do Tráfico”<sup>99</sup>, assinalando que o tráfico de animais está intimamente ligado a problemas de índole cultural, educacional, de pobreza, de falta de opções econômicas, de desejo de lucro fácil e rápido, além do *status* e da satisfação pessoal de manter animais silvestres como de estimação. O relatório delinea três categorias componentes da cadeia social, a saber: fornecedores, intermediários e consumidores.

Nesse contexto, impõe-se identificar os fornecedores, que seriam, segundo estudo ora em análise:

populações do interior do Brasil, humildes e pobres, sem acesso à educação e à saúde, possuindo qualidade de vida muito baixa. Essas pessoas, além de caçarem para se alimentar, descobriram no comércio da fauna uma fonte de renda complementar da economia doméstica.

Essas pessoas – ainda de acordo com o relatório RENCITAS – seriam ribeirinhos da região amazônica, indígenas da região de Monte Pascoal (BA), região da Reserva Indígena de Mangueirinha (Laranjeiras do Sul – PR) e da Reserva do Superagüi (PR); além desses, o estudo alude a populações rurais, como garimpeiros, lavradores, posseiros, pequenos proprietários rurais e peões; para estes, o tráfico de animais representa uma das principais fontes de renda, a exemplo da população de cidades como Milagres (BA).

E imperioso salientar, porém, que o IBAMA, que congrega os atributos de autoridade administrativa e científica da CITES no Brasil, vem implementando estruturas inovadoras em relação ao fomento da convenção no país. Instrumento de destaque é a

98 O relatório é encontrado no site da organização: [www.renctas.org](http://www.renctas.org). Acesso em: 16 fev. 2006.

99 Idem. p. 28 (relatório).



Portaria n. 03, de 08/01/2004, que estabelece procedimentos para emissão de Licenças de exportação, importação, certificado de origem e re-exportação de espécimes vivos, produtos e subprodutos da flora silvestre, incluídos no Anexo I, II e III da CITES; esse ato normativo define o que sejam espécies nativas, espécies exóticas, reprodução artificial e cadeia de custódia. Vale observar que o IBAMA, por meio dessa portaria, estabelece estruturas próprias destinadas à proteção da flora, ao reconhecer a Diretoria de Florestas – DIREF como autoridade administrativa da CITES para espécies de flora, e indica como autoridades científicas, para esses fins, algumas unidades do Instituto<sup>100</sup>. Ao lado disso, cria o Comitê Técnico-Científico, formado por pessoas físicas ou jurídicas, de notório saber científico, além das autoridades científicas citadas acima, para subsidiar as demais autoridades científicas no desempenho de suas funções.

A atuação do IBAMA faz-se mais exitosa em prol da efetividade da CITES no Brasil por meio de duas áreas de atuação específicas, com estruturas próprias: pelo programa de educação ambiental<sup>101</sup> e pela implementação de diversos projetos, todos com apoio da convenção. O programa educativo é voltado à fauna e à flora, tendo como vertentes básicas as seguintes: a) apoio ao sistema educacional formal para inserção da temática ambiental nos currículos; b) desenvolvimento de ações educativas no processo de gestão ambiental, por meio de seus Núcleos de Educação Ambiental, de Unidades de Conservação e de Projetos de Manejo da Fauna, voltadas aos diferentes segmentos sociais. Percebe-se que o programa tem como instrumentos a capacitação de gestores e de educadores ambientais, além de parcerias com universidades, órgãos integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, secretarias estaduais e municipais de educação e entidades da sociedade civil.

As atividades do IBAMA, nessa área, destinam-se precipuamente à educação no processo de gestão ambiental, com vistas ao controle social na elaboração e execução de políticas públicas, por meio da participação permanente do cidadão, de forma coletiva, na gestão do uso dos recursos ambientais e nas decisões que afetam a qualidade do meio ambiente. Trata-se de ações educativas com pescadores, catadores de caranguejos, marisqueiras, ribeirinhos, produtores rurais, assentados da reforma agrária, grupos sociais afetados por impactos ambientais e/ou riscos ambientais e tecnológicos, grupos sociais residentes em unidades de conservação e no seu entorno e outros segmentos sociais afetados pelas atividades de gestão ambiental.

Há um direcionamento dessas ações por intermédio dos seguintes eixos temáticos: ecoturismo, estudo, proteção e manejo de caverna, gestão de unidades de conservação federais, licenciamento ambiental, manejo de flora, manejo de fauna, gestão de recursos pesqueiros, políticas públicas, prevenção de desmatamento e

100 São as seguintes unidades: Coordenação Geral de Gestão dos Recursos Florestais, Centro Nacional de Orquídeas, Plantas Ornamentais, Medicinais e Aromáticas, Laboratório de Produtos Florestais e Centro Nacional de Apoio ao Manejo Florestal; esses dados são obtidos no *site* do IBAMA: [www.ibama.gov.br](http://www.ibama.gov.br). Acesso em: 16 fev. 2006.

101 A descrição integral do programa é encontrada no *site* do IBAMA: [www.ibama.gov.br](http://www.ibama.gov.br). Acesso em: 17 fev. 2006.

incêndios florestais, recuperação de áreas degradadas e recursos hídricos federais.

Dentro dessa concepção é que se vêm sedimentando projetos, programas e centros especializados, em um conjunto de ações que propiciam a efetividade da CITES; atualmente, existem em operação os seguintes projetos: Tapajós, Planejamento Biorregional do Maciço de Baturité, Baleia Jubarte, Golfinho Rotador, Mamíferos Marinhos do Litoral Sul, Iara e Orquídeas Brasileiras. Como projetos especiais de qualidade ambiental, há duas linhas de atuação – Mineração e Meio Ambiente e Gerenciamento e Avaliação de Substâncias Químicas – e projetos especiais de recursos pesqueiros, intitulados de Gestão de Recursos Pesqueiros do Pantanal e PROVÁRZEA.

Alguns programas, atualmente, vêm sendo desenvolvidos no âmbito do IBAMA, também com vistas à salvaguarda de um meio ambiente ecologicamente equilibrado; são estes os programas: Programa Piloto para Florestas Tropicais do Brasil – PPG7, Programa Nacional de Educação e Controle da Poluição Sonora – SILÊNCIO, Programa de Controle da Poluição do Ar por Veículos Automotores – PROCONVE, Programa Nacional de Gerenciamento Costeiro, Programa de Gerenciamento de Resíduos Perigosos, Programa de Prevenção e Controle de Queimadas e Incêndios Florestais na Amazônia Legal – PROARCO, Programa de Recursos Hídricos, Programa de Boas Práticas de Laboratórios – BPL e Programa Nacional da Pesca Amadora – PNDPA.

Como dito, além dessa rede de projetos e programas, o IBAMA atua, ainda, por meio de uma série de centros especializados, destacando-se, dentre estes, o Centro Nacional de Conservação e Manejo de Tartarugas Marinhas – TAMAR. Cuida-se de um centro destinado à proteção das tartarugas marinhas no Brasil, com geração de alternativas econômicas sustentáveis. A matriz do TAMAR encontra-se sediada em Salvador/BA e há, hoje, vinte e uma bases espalhadas pelos estados do Ceará, Rio Grande do Norte, Pernambuco, Sergipe, Bahia, Espírito Santo, Rio de Janeiro, São Paulo e Santa Catarina, sendo certo que dezoito dessas bases mantêm funcionamento durante todo o ano. Esse projeto atua por meio de três linhas específicas, que ultrapassam a preservação em si das tartarugas: conservação e pesquisa aplicada, educação ambiental e desenvolvimento local sustentável. O TAMAR conta com a proteção institucional de dois importantes acordos internacionais: a Convenção Interamericana e a Convenção da Biodiversidade.

Um dos importantes veículos de participação do IBAMA em prol da preservação das espécies em extinção é o Centro de Conservação e Manejo de Répteis e Anfíbios – RAN, que se constitui em um centro de pesquisa e de conservação de fauna e tem como missão coordenar, promover e realizar, em âmbito nacional, as ações de conservação e de manejo de répteis e de anfíbios da fauna brasileira, tendo como prioridade as espécies brasileiras ameaçadas de extinção e as de interesse comercial. O RAN busca fortalecer suas ações, inserindo as instituições de pesquisa, a iniciativa privada e as

organizações sociais em um processo de co-gestão.

Ainda na esfera da preservação da fauna ameaçada de extinção, é de destacar-se o trabalho desenvolvido pelo Centro de Proteção de Primatas Brasileiros – CPB, situado em João Pessoa/PB, que se volta a atividades técnico-científicas de aprimoramento e à conservação das espécies ameaçadas. Mantém banco de dados das 103 espécies de primatas brasileiros<sup>102</sup>. Pode-se, ainda, mencionar o Centro Nacional de Pesquisa, Conservação e Manejo de Mamíferos Aquáticos, com atuação em todo o território nacional, que se dedica à coordenação, execução e promoção de estudos, projetos e programas de pesquisa, manejo e conservação dos mamíferos da água, com especial destaque para o Projeto Peixe-Boi, criado em 1980.

De ver-se, pois, que o órgão que figura como autoridade administrativa e científica da CITES no Brasil tem participação constante na implementação de sua efetividade, remanescendo a questão atinente ao tráfico internacional de animais silvestres como o grande desafio a ser enfrentado. Dado o caráter de ilicitude do fenômeno, contudo, a matéria não prescinde de uma análise mais acurada e profunda de suas causas e possíveis soluções, o que não se compraz com os limites deste estudo.

### 3.11 Considerações finais

O teste de efetividade da CITES, em abstrato, aponta para um resultado positivo, com visualização de que os mecanismos existentes para a realização de um acordo internacional bem se delineiam no texto dessa convenção, sobretudo pela boa arquitetura construída em torno das estruturas de *compliance* e *enforcement*. A esse aspecto, como pôde ser observado, une-se a participação de diversos atores na consecução dos propósitos da CITES, sendo oportuno o registro do elevado número de Estados-partes. Há, também, a comunidade científica que se tem feito imprescindível para a redefinição dos objetivos da convenção ao longo de seus trinta anos de existência. No mais, outros membros da sociedade civil, notadamente as organizações não governamentais, comparecem como agentes implementadores do acordo internacional, conquistando o lugar de observadores de suas Conferências e com participação decisiva na elaboração dos relatórios previstos na CITES.

Em contrapartida, esse mesmo teste particularizado na realidade social brasileira aponta para destino contrário, em se concluindo pela ineficiência das medidas até hoje adotadas pelo país para uma *compliance* razoável da convenção no país. A princípio, pode-se apostar na fragilidade da utilização dos mecanismos de *enforcement*

<sup>102</sup> Do quanto consta do site do IBAMA ([www.ibama.gov.br](http://www.ibama.gov.br)), “O Brasil possui a maior diversidade de primatas do mundo, englobando um terço de todas as espécies do planeta que, segundo a União Internacional para a Conservação da Natureza (UICN), são hoje cerca de 300 espécies”. Acesso em: 17 fev. 2006.

pelo Brasil; entretanto, a legislação interna apresenta rigidez compatível com aquela sublinhada pelas medidas orientadas pela convenção. O que se observa é que os objetivos da CITES são conservacionistas, mas, em países como o Brasil, precisam ser temperados de forma razoável e proporcional com o comprometimento com a redução da pobreza, sob pena de esvaziamento do texto da convenção e dissipação de sua efetividade.

### 3.12 Referências

- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª ed. Brasília: Editora UnB, 1997
- BORGES, Edinaldo de Holanda. *Teoria Científica do Direito*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998
- BUENO, Silveira. *Minidicionário inglês-português português-inglês*. São Paulo: FTD, 2000
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993
- CÓDIGO Civil*. 54ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003
- CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998
- \_\_\_\_\_. *Teoria Pura do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico* 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994
- PEIXINHO, Manoel Messias. *A Interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais: Elementos para uma Hermenêutica Constitucional Renovada*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – v. I*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988
- REZEK, J. F. *Direito Internacional Público: Curso Elementar* 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999

SILVA NETO, Miguel Jorge. O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional. São Paulo: LTR, 1999

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

\_\_\_\_\_. (org.) A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

WEISS, Edith Brown e JACOBSON, Harold K. (org.) *Engaging Countries: Strengthening Compliance with International Environmental Accords*. London: MIT Press, 1998

YOUNG, Oran R. (org.) *Global Governance: Drawing Insights from the Environmental Experience*. London: MIT Press, 1997

### **Trabalho não publicado:**

CALSING, Renata de Assis. Possibilidades e Limites da Efetividade do Direito Internacional Ambiental: Uma Análise da CITES, Convenção da Basiléia e Protocolo de Quioto. Brasília, 2005

### **Periódicos:**

DICKSON, Barnabas. *Natural Resource Perspectives*, informativo do ODI-DFID, n. 74, jan. 2002

MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. *Les notes de l'Iddri*, n. 4 – Centre d'études et de recherches internationales et communautaires, Aix-em-Provence (France)

### **Sites:**

[www.ceri-sciences-po.org](http://www.ceri-sciences-po.org)

[www.cites.org](http://www.cites.org)

[www.ibama.gov.br](http://www.ibama.gov.br)

[www.iucn.org](http://www.iucn.org)

[www.mma.gov.br](http://www.mma.gov.br)

[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

[www.renctas.org](http://www.renctas.org)

[www.resourceafrica.org/documents/2001/2001\\_cites\\_cbd.pdf](http://www.resourceafrica.org/documents/2001/2001_cites_cbd.pdf)

[www.tjdf.gov.br](http://www.tjdf.gov.br)

[www.traffic.org](http://www.traffic.org)

[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)

[www.unb.org](http://www.unb.org)

The background of the book cover is a composite image. On the left, there is a vertical strip of brown, cracked, and textured material, resembling parched earth or old parchment. The rest of the cover features a photograph of a large, flat-topped iceberg floating in a blue body of water under a clear blue sky. The iceberg has a distinct flat top and steep sides, with some smaller ice chunks floating in the foreground.

# A Efetividade do Direito Internacional Ambiental

## Capítulo 4

### A EFETIVIDADE DA CITES NA FRANÇA

Marie-Pierre Lanfranchi



## A EFETIVIDADE DA CITES NA FRANÇA

Marie-Pierre Lanfranchi<sup>1</sup>

### 4.1 Introdução

Desde o dia primeiro de junho do ano passado, um viajante que parte da França em um voo de longa distância da companhia *Air France*, assiste, durante a sua viagem, a um filme de sensibilização sobre os riscos que sofre a biodiversidade e, mais especificamente, sobre os perigos que o comércio traz para a sobrevivência das espécies selvagens<sup>2</sup>. Esse mesmo viajante, chegando ao aeroporto de destino, encontrará possivelmente pôsteres publicitários, cartazes, ou catálogos de informação sobre o mesmo risco ambiental (parece-me ser o caso nos aeroportos de São Paulo ou Rio de Janeiro).

Esse exemplo, um pouco anedótico, testemunha, entretanto, as ações empreendidas pelos Estados para conter a circulação internacional das espécies da fauna e da flora selvagens ameaçadas.

Diversos estudos científicos concluem que a exploração massiva, para fins comerciais, desses “bens” tão específicos constitui, após a destruição dos habitats naturais, a segunda causa do desaparecimento das espécies.

O desafio ambiental é, assim, considerável.

O desafio econômico não é menos importante. Com efeito, inúmeros relatórios, de fontes muito diversas, convergem para uma mesma constatação que pode ser declinada em torno de dois pontos:

- A pressão do comércio é considerável: 350 milhões de animais e plantas são comercializados cada ano, no mundo<sup>3</sup> (5 milhões de pássaros selvagens, 30.000 primatas, 15 milhões de peles, 12 milhões de orquídeas, 8 milhões de cactos etc.)

<sup>1</sup> Marie-Pierre Lanfranchi, Maître de Conférence em Direito Público na Université Aix-Marseille III, França.

<sup>2</sup> O respeito das espécies da fauna e da flora selvagens: *Tourisme: sauvegarder la biodiversité*, filme divulgado a bordo dos voos da Air France para sensibilizar os passageiros: Comunicado de imprensa da Air France. Disponível em: [www.airfrance.fr](http://www.airfrance.fr). Acesso em: 15 set. 2006.

<sup>3</sup> Estimativas comunicadas pelo British central office of information, durante o G8 de abril de 1998, reunião dos ministros do meio ambiente (verificar a fonte: bbc presse release, 5 abril 1998, citado por COMTE (Françoise), «Crime contre l'environnement et police en Europe : panorama et pistes d'action», *REDE*, 4/2005, p. 397 e ss.

- Um quarto das transações seria efetuado na ilegalidade: o comércio ilegal das espécies selvagens representaria, hoje em dia, em valor, o segundo tráfico no mundo (após o tráfico de drogas)<sup>4</sup>.

Em termos de regulação, os desafios são complexos. Pelo problema situar-se na escala planetária, há uma necessidade de cooperação e de regulação mundial; mas a sensibilidade em relação ao problema não é a mesma em todos os lugares: de maneira esquematizada (e necessariamente limitada), pode-se dizer que os países do Sul atuam como vendedores, exportadores, enquanto que o Norte – a Europa principalmente<sup>5</sup> – atua como importador. Os interesses de cada um não são, por conseguinte, os mesmos, e a regulação mundial situa-se num contexto de oposição Norte-Sul. Além disso, se o objetivo é o de uma regulação restrita ou mesmo de uma proibição pura e simples do comércio, é conveniente incluir algumas flexibilidades – flexibilidades que permitirão levar em conta a evolução das populações da fauna e da flora. O direito internacional, por conseguinte, fortemente impregnado de compromissos, conjuga rigor e flexibilidade.

A Cites<sup>6</sup> situa-se nessa lógica. O texto, já antigo, é conhecido por todos: adotada em Washington, no dia 3 de março de 1973, ela entrou em vigor no dia 1º de julho de 1975, e em 1978, no que se refere à França<sup>7</sup>. Vincula atualmente 169 Estados-membros<sup>8</sup>: ela tem, nesse sentido, um alcance realmente mundial<sup>9</sup>. A convenção possui um campo de aplicação muito amplo, tendo em vista que cobre 33.000 espécies animais e vegetais e que se aplica não somente aos espécimes *stricto sensu*, mas, igualmente, às partes ou produtos derivados (peles, ovos, defesas, objetos, móveis etc.).

O texto possui como objetivo a regulação dos movimentos transfronteiriços; trata-se de uma regulação graduada, progressiva; em substância: quanto mais a espécie for frágil, mais a regulação é restrita.

- Tratando-se das espécies ameaçadas de extinção, as transações para “fins principalmente comerciais” são proibidas (artigo III §3 c); mas há derrogações (jardim zoológico, museu, em relação aos animais criados em cativeiro...); essas espécies são repertoriadas no anexo I (artigo III – CITES).

- Tratando-se das espécies vulneráveis, as transações comerciais são possíveis, mas devem ser controladas de modo restrito. Essas espécies estão compiladas no

4 As estimações numéricas, que são por definição difíceis de serem estabelecidas, variam de uma fonte a outra, mas todas levam a montantes muito elevados. Ver, por exemplo, as avaliações do UICN e da TRAFFIC (rede de vigilância criada pelo WWF, trabalhando em cooperação com o secretariado da CITES e com os Estados membros da Convenção); COMTE (Françoise), «Crime contre l'environnement et police en Europe : panorama et pistes d'action », *REDE*, 4/2005, p. 397 e ss.

5 A União Européia constituiria o segundo mercado após os Estados ([http://www.ecologie.gouv.fr/rubrique.php3?id\\_rubrique=255](http://www.ecologie.gouv.fr/rubrique.php3?id_rubrique=255). Acesso em 23 set. 2006).

6 Acrônimo anglofônico para: *Convention on international trade in endangered species of wild fauna and flora*.

7 Tratando-se da França, a Convenção foi aprovada e entrou em vigor em 1978; lei que aprovou a CITES: lei n° 77-1423, de 27 de dezembro de 1977.

8 Em 1º de julho de 2006.

9 Aprovado no dia 11 de maio de 1978, entrou em vigor, na França, no dia 9 de agosto do mesmo ano.

anexo II; elas representam 96% do total das espécies visadas pela Cites (artigo IV).

- Por último, uma terceira lista (anexo III), um pouco específica, visa às espécies que uma Parte protege no seu território e, para o qual, ela reclama a cooperação das outras Partes para o controle do comércio (artigo V).

A implementação dessas diretrizes supõe que controles eficazes sejam realizados: por meio de licenças e certificados (de exportação e/ou de importação e reexportação); a convenção define modalidades e condições de emissão desses documentos de controle (artigo VI).

Em relação às obrigações a cargo das partes, elas são, ao mesmo tempo, rígidas e flexíveis:

- rígidas (art. II.4): as partes têm a obrigação de instaurar procedimentos de controle (permissões e certificados) conformemente à Convenção; obrigação de lutar contra o tráfico (prevendo principalmente sanções penais); obrigação, também, de respeitar as decisões adotadas pela conferência das Partes que alterariam o texto inicial; e, por último, obrigação de realizar um relatório sobre implementação do texto;
- flexíveis:
  - por meio das derrogações aos pp;
  - por meio do art. XVI: a Cites não proíbe os Estados de adotarem medidas mais restritas; a convenção é, nesse sentido, um consenso mínimo, a partir do qual os Estados podem ir além.

Nesse contexto, como se avalia a questão da efetividade do texto?

No plano metodológico, a apreciação da efetividade de um regime requer, primeiramente, uma definição dos critérios de efetividade e do nível de análise que se deseja adotar (político e/ou jurídico).

Em nível de análise política, o recurso à teoria dos regimes – nomeadamente aos trabalhos de Oran Young – impõe-se<sup>10</sup>. Constata-se que a efetividade – no sentido de *effectiveness*<sup>11</sup> – de um regime deve ser avaliada em relação a uma pluralidade de critérios como a capacidade de: resolver o problema ambiental em causa<sup>12</sup>, atingir os seus objetivos iniciais<sup>13</sup>, aumentar a cooperação e as normas universais, induzir uma mudança de comportamento nos atores que originaram o problema, ser implementado e, em seguida, ser respeitado<sup>14</sup>. Vários desses critérios são dificilmente avaliados (por

<sup>10</sup> Citados por Le preste (p. 453).

<sup>11</sup> SMD, notas da IDRI.

<sup>12</sup> Desse ponto de vista, a performance da CITES aparenta ser muito limitada.

<sup>13</sup> Tratando-se da CITES: instituir procedimentos de regulação do comércio.

<sup>14</sup> Ver também, Le preste, *Protection de l'environnement et relations internationales – les défis de l'écopolitique mondiale*,

exemplo, medir o impacto da CITES nos atores implicados no tráfico de animais e de plantas selvagens?).

Em contrapartida, quando a avaliação da efetividade se situa em nível de análise jurídica – o que farei – o exercício possui um alcance mais limitado. De acordo com Charles de Visscher, as disposições de um tratado serão efetivas “conforme se revelarem capazes ou não de determinar nos interessados os comportamentos procurados”<sup>15</sup>. Se considerarmos que os interessados são os Estados-partes do tratado, então, dois aspectos merecem uma atenção específica: 1º) a tradução das obrigações internacionais em medidas de ordem interna, em medidas de execução<sup>16</sup>; 2º) o respeito dessas medidas e o seu corolário: a sanção do não respeito.

No que toca à CITES e ao caso francês, trata-se, por conseguinte, de avaliar os procedimentos de regulação aplicáveis, na França, ao comércio internacional de plantas e de animais selvagens, para, em seguida, analisar o controle e a sanção desses procedimentos.

## 4.2 Os procedimentos de regulação do comércio

A primeira evidência que se impõe, quando se estuda esse aspecto da questão, é a complexidade das fontes e, por conseguinte, do dispositivo.

Segunda evidência: esse dispositivo é muito restrito – nos textos (esse se inscreve em uma regulamentação mais ampla, relativa à proteção das espécies selvagens; os procedimentos de controle visam, assim, ao conjunto das atividades comerciais relacionadas).

### A um dispositivo complexo

Nós nos confrontamos com uma grande diversidade de fontes e, igualmente, com uma grande dispersão; a articulação e a clareza não estão sempre presentes... E esses elementos não funcionam em prol da efetividade (acrescento que à complexidade das fontes responde, também, a pluralidade de juízes competentes – juiz francês e juiz comunitário. Ponto a ser eventualmente desenvolvido).

Armand Colin, 2005, p. 330 et ss.

15 Do original, «selon qu'elles se seront révélées capables ou non de déterminer chez les intéressés les comportements recherchés». De Visscher (C.), *Les effectivités du droit international*, Pedone, Paris, 1967, p. 18

16 SAND, P. *The effectiveness of international environmental agreements: a survey of existing legal instruments*. Cambridge: Grotius, 1992

De onde provém essa constatação?

Mesmo que a CE ainda não faça parte da CITES<sup>17</sup>, ela aplica a Convenção desde 1982. A União aduaneira entre os Estados-membros acompanhou a supressão dos controles nas fronteiras internas; por conseguinte, ela fez necessária a uniformização dos controles das fronteiras externas, bem como um reconhecimento mútuo dos procedimentos de controle<sup>18</sup>.

A CE adotou, assim, textos de implementação da CITES, textos que foram alterados desde 1982. Essa adaptação levou em consideração, entre outras coisas, a evolução e os conhecimentos científicos e as transações<sup>19</sup>; mas ela objetivou, igualmente, reforçar os procedimentos, torná-los mais precisos, mais eficazes... Isso significa que eles não o eram ou que não o eram de modo suficiente<sup>20</sup>.

Os textos comunitários são regulamentos: essencialmente, um regulamento do Conselho adotado em 1996<sup>21</sup> e um regulamento de aplicação da Comissão, mais detalhado, inteiramente reformulado em maio de 2006<sup>22</sup>. A natureza jurídica desses textos constitui um elemento importante: são textos obrigatórios em todos os elementos e diretamente aplicáveis nos EM. Isso significa, concretamente, que a análise das medidas de aplicação da CITES, na França, é inseparável do estudo da legislação comunitária e que, se as medidas (francesas) devem ser adequadas à CITES, devem também respeitar as exigências específicas do direito comunitário. As medidas francesas são muito densas e tratam, essencialmente, de atos regulamentares – deliberações ministeriais, circulares<sup>23</sup>. Acerca disso, eu gostaria de destacar três pontos:

- primeiro ponto: esses textos levam em conta as particularidades específicas de algumas partes do território francês (em termos gerais, a França é

17 A emenda adotada em Gaborone, em 1983, texto que revisou a CITES e que permitiu a adesão da CE, ainda não obteve o número de ratificações necessárias. 54 são necessárias, e 44 foram obtidas até hoje.

18 Outras razões militavam nesse sentido: acordo ambiental, a CITES também é um acordo comercial, ora, as regras do comércio exterior são de competência exclusiva da CE; enfim, existe uma política e uma legislação ambiental comunitária: esta deveria ser articulada com a CITES. Ver Relatório anual de 2003 da CE sobre a CITES, [www.europa.int](http://www.europa.int), p. IV. Acesso em: 12 set. 2006.

19 Conforme o regulamento CE n° 338/97 do Conselho de 9 de dezembro de 1996, relativo à proteção das espécies da fauna e da flora selvagens pelo controle do comércio.

20 Os termos eficácia e efetividade são citados sete vezes no Regulamento n° 338/97. A idéia de uma aplicação mais uniforme da CITES transparece no conjunto do regulamento n° 865/2006.

21 Regulamento já citado.

22 Regulamento (CE) N° 865/2006 da Comissão de 4 de maio de 2006, sobre as modalidades de aplicação do regulamento CE n° 338/97 do Conselho de 9 de dezembro de 1996, relativo à proteção das espécies da fauna e da flora selvagens pelo controle do comércio.

23 Dentre os textos de base, citam-se, principalmente: deliberação do dia 30 de junho de 1998 (ele fixa as modalidades de aplicação da convenção no comércio internacional das espécies da fauna e da flora selvagens ameaçadas de extinção e os regulamentos (CE) n° 338/97 e n° 939/97 *JORF*, de 09/08/1998, p. [12228-12229](#)), a Circular DNP/CFF n° 00/09 de 6 de dezembro de 2000 (relativa às modalidades de aplicação da convenção no comércio internacional das espécies ameaçadas de extinção e dos regulamentos CE 338/97 do Conselho europeu e CE 939/97 da Comissão europeia, *Bulletin officiel du ministère chargé de la protection de l'environnement* n° 2001/5 p. 75-82), da deliberação do dia 21 de dezembro de 2000 (relativo ao procedimento de aprovação das instituições científicas no âmbito do comércio internacional de espécimes de espécies que são da competência da convenção sobre o comércio internacional das espécies de fauna e flora ameaçadas de extinção (CITES), *JORF* de 19/01/2001, p. [1012-1014](#)).

um Estado de importação... exceto para alguns dos DOM e TOM que a tornam um Estado exportador. Essa realidade conduziu, assim, à adoção de um dispositivo adaptado quando se trata da Guiana<sup>24</sup>; ela, também, levou ao afastamento da regulamentação nacional e comunitária nos TOM (Polinésia, Nova Caledónia, Wallis e Futuna, ilhas dispersas), bem como para a Mayotte e Saint-Pierre e Miquelon: esses territórios são considerados, estatutariamente, como países terceiros<sup>25</sup>.

- segundo ponto: esses textos inserir-se na legislação relativa à proteção da natureza (lei nº 76-629 de 10 de Julho de 1976, codificada no artigo L -21-1 do código rural de 1989). Essa legislação criou o estatuto geral de espécies da fauna e da flora selvagem protegidas. Esse estatuto, muito restritivo, aplica-se a uma lista de espécies fixada por deliberações ministeriais. Isso significa que algumas espécies CITES participam, igualmente, da esfera de aplicação do estatuto específico do direito francês das espécies protegidas. Há, aqui, uma superposição de regimes jurídicos, regimes que deverão ser articulados.
- por último, no prolongamento da observação que precede, os textos franceses são, em alguns pontos, mais restritos que os regulamentos comunitários, os quais são, eles mesmos, em muitos pontos, mais restritos que a CITES. Em uma decisão de 8 de Junho de 1990, o Conselho de Estado validou, assim, a deliberação "Guiana", relativa à proteção dos mamíferos. Essa deliberação tinha sido atacada pelo fato de ser mais restritiva que a CITES, e, portanto, ilegal. O Conselho de Estado, baseando-se "nas estipulações da CITES" – que ele aplica, por conseguinte, diretamente – observou que a convenção não faz obstáculo à adoção de medidas mais restritas nem à adoção de medidas sobre o comércio de espécies às quais elas não se aplicam<sup>26</sup>.

O acórdão mostra que a flexibilidade oferecida às partes pelo artigo XIV da Convenção foi, plenamente, utilizada, em nível francês, no presente caso, sob o controle do juiz.

O resultado é que os procedimentos de regulação são estreitos e que o seu âmbito de aplicação é largo.

Eu gostaria de retomar esse aspecto.

24 Duas deliberações «Guyane» de 15 de maio de 1986, tratando-se de pássaros e mamíferos.

25 Ver as disposições pertinentes dos regulamentos CE e da circular precipitada, anexo I e II.

26 CE, 8 de junho de 1990, Société Daco.



## Dos procedimentos restritos ao âmbito de aplicação amplo

A pergunta que se apresenta aqui é: como funciona o sistema das autorizações de entrada/saída do território francês? Obviamente, não se trata de descrever detalhadamente o regime das licenças e certificados (e notificações), mas, simplesmente, de destacar a idéia geral. Várias observações:

- o âmbito de aplicação dos controles é mais amplo: primeiramente, porque o número de espécies visadas é, ele mesmo, mais amplo – devido ao direito comunitário, mas, também, devido ao direito francês; além disso, certas espécies, consideradas espécies **vulneráveis** nos termos da CITES<sup>27</sup>, tornam-se espécies ameaçadas no Regulamento básico (Regulamento do Conselho)<sup>28</sup>; este mesmo Regulamento CE propõe, igualmente, uma lista suplementar (uma quarta lista)<sup>29</sup>, que cobre as espécies que podem circular, mas cujo nível de importação deve ser supervisionado (por um sistema de notificações).
- as condições de importação para as espécies dos anexos A e B do Regulamento CE (que correspondem *grossa modo* aos anexos I e II CITES) são definidas de maneira detalhada<sup>30</sup>; essas condições são, igualmente, mais numerosas que as requeridas pela CITES (por exemplo, o regulamento CE requer 6 condições cumulativas para a emissão de uma licença de importação adicional I, e, para a mesma licença, a CITES requer apenas 3; do mesmo modo, os textos comunitários e franceses exigem uma licença de importação para os espécimes do anexo II, enquanto que a CITES não impõe qualquer exigência). O regime de emissão de licenças e de certificados (reexportação) é harmonizado e obedece a procedimentos normalizados que foram recentemente reestruturados pelo Regulamento da Comissão de Maio de 2006<sup>31</sup>. O objetivo dessa legislação reestruturada é de proporcionar controles mais efetivos; desse ponto de vista, aponta-se que disposições que estabelecem condições e critérios de emissão dos documentos na CITES são mais detalhadas que na regulamentação precedente; a mesma coisa, para o regime de derrogações; por último, o novo texto instaura procedimentos de marcação dos espécimes para assegurar uma melhor identificação e rastreabilidade – para melhor prevenir a fraude.
- o alcance dos controles é mais amplo: para além dos fluxos, o artigo XIV da CITES permite – é apenas uma faculdade – aos Estados estenderem os controles “ao comércio, à captura ou à colheita, à detenção ou ao

27 Classificadas no anexo II, o qual equivale ao anexo B do regulamento do conselho.

28 Anexo I da Cites, que corresponde ao anexo A do regulamento CE.

29 Anexo D do regulamento.

30 LAMBERT-HABIB, M-L. *Le commerce des espèces sauvages*: entre droit international et gestion locale, L'Harmattan, logiques juridiques, 2000. p. 102 e ss.

31 O citado regulamento (CE) N° 865/2006 da comissão do dia 4 de maio de 2006 substitui o regulamento CE N° 1808/2001 do dia 30 de agosto de 2001.



transporte". De fato, as medidas aplicáveis na França tratam do conjunto "das atividades comerciais"<sup>32</sup>. Tratando-se de espécimes das espécies ameaçadas (anexo A), a compra, a venda, a *colportage*, a utilização, a exposição e o transporte para a venda possuem uma proibição de princípio acompanhada de derrogações. O direito francês é, particularmente, restrito para as espécies CITES que possuem o estatuto de espécies protegidas em relação ao direito francês (artigos L 41-1 e 2): é proibido qualquer tipo de atividade ou utilização, incluindo o simples fato de deter ou transportar espécimes. E essa proibição é interpretada de modo tão restrito pelo juiz que ela vale tanto para as espécies selvagens retiradas da natureza quanto para as espécies nascidas em cativeiro ou em criações. Existe, sobre esse ponto, uma jurisprudência francesa e comunitária muito específica, relativamente abundante e constante no que toca aos centros de animais.

- Cass. Crim, 29 de março de 2000, *Boukobza*<sup>33</sup>: as disposições que proíbem o transporte e a detenção de espécies animais não domésticas determinadas por decreto, são aplicáveis aos animais nascidos em cativeiro.
- Cass, Crim, 6 de fevereiro de 2001, *Poulain*: as disposições dos artigos L 212-1, L 213-1 a L 213-4 do Código rural e os textos tomados em sua aplicação limitam-se a regulamentar a detenção, a criação e o comércio dos animais de espécies não domésticos e são aplicáveis a todos os espécimes dessas espécies, mesmo os nascidos em cativeiro (no mesmo sentido, ver: *Cour d'appel de Poitiers*, corr, 8 de dezembro de 2005).
- CJCE, C-510/99, 23 de outubro de 2001, *Tridon*<sup>34</sup>: em relação às espécies que figuram no anexo I da CITES ou no anexo A do regulamento nº 338/97, as proibições de utilização, de venda e de compra estabelecidas pelo artigo L 411-1 do Código do meio ambiente e pela deliberação ministerial de 15 de maio de 1986 (deliberação Guiana relativa à proteção dos pássaros) são aplicáveis aos espécimes originários de criação assim como aos que nasceram no seu meio ambiente natural. O acórdão *Tridon* dá seguimento a um recurso prejudicial em interpretação do TGI de Grenoble. A interpretação dada foi confirmada pela Corte de cassação à decisão Cass. Crim, do dia 22 de fevereiro de 2005<sup>35</sup>.

Cabe ver, também (controle das autorizações administrativas dos estabelecimentos para animais):

- CA de Paris (ou Caso?), 22 de setembro de 2006, centro de animais, posse de espécies proibidas;

32 Art 8 do regulamento CE, art L 412 e R 421-1 e ss. do código do meio ambiente, relativos às atividades submetidas a autorizações administrativas; principalmente nos estabelecimentos detendo animais de espécies não domésticas.

33 Ver, também, *Le Figaro*, de 30 de janeiro de 1997.

34 Nota DCLB, *Revista de direito rural*, nº 396, outubro de 2002, p. 480, nota ROMI (R.), *Droit de l'environnement*, nº 96, março de 2002, p. 53.

35 Relatório da conselheira référendaire Dominique GUIHAL, *droit de l'environnement*, Nº 127, abril de 2005, p. 70.

- CA de Caen, corr, 29 de junho de 2005, abertura de um estabelecimento de criação e de venda de animais não domésticos sem autorização;
- CA de Grenoble, corr, 4 de fevereiro de 2005, idem;
- Cass, crim, 26 de novembro de 1997, Guibert e Crametz, abertura de um estabelecimento de criação de pássaros que figuram nos anexos I e II da CITES, sem autorização, sem possuir registros de saída e de entrada dos pássaros;
- Um regime específico para a circulação intracomunitária das espécies foi instaurado; ele é baseado no princípio do reconhecimento mútuo dos documentos da CITES emitidos pelas autoridades competentes de um Estado-membro, mas permite, igualmente, restrições mais completas relativas à circulação das espécies do Anexo A (espécies ameaçadas);
- Para que esses procedimentos funcionem, é necessário que um aparelho administrativo adaptado seja instaurado. A esse respeito, recorda-se que a CITES impõe às partes que elas designem um ou vários órgãos de gestão, encarregados de emitir os documentos da CITES, com o auxílio de parecer de autoridade científica nacional igualmente designada a esse efeito (artigo IX da CITES e artigo 13§1 a) e b) do regulamento do Conselho).

Na França, os dossiês de pedidos de documentos da CITES são instruídos, desde o dia 1º de janeiro de 2001, em nível local (nas regiões), e não mais em nível ministerial<sup>36</sup>, pelos prefeitos (*préfets*)<sup>37</sup>. Na prática, e por razões de eficácia, a instrução é realizada, por conta dos prefeitos, pelas direções regionais do meio ambiente (DIREN). Há 26 direções no território francês: 22 na metrópole e 4 nos DOM (Guiana, Guadalupe, Martinica, Reunião)<sup>38</sup>. Esses serviços administrativos constituem, assim, os órgãos de gestão, na acepção da CITES, encarregados da emissão das autorizações administrativas necessárias para a circulação das espécies. Os funcionários participam de sessões de formação, dispensadas pelo Ministério, em parceria com o Museu nacional de história natural<sup>39</sup>. Este último constitui, com efeito, a autoridade científica designada pela França para a aplicação da CITES<sup>40</sup>. Como a tarefa é imensa (foram solicitados ao Museu 4116 pareceres desde 2003), o Museu é auxiliado pelas direções departamentais dos serviços veterinários.

36 Escritório das transações internacionais de espécies ameaçadas, que faz parte da Direção da natureza e das paisagens.

37 Decreto N° 97-1204 de 19 de dezembro de 1997 (modificado), relativo à desconcentração das decisões administrativas individuais. Antes da entrada em vigor deste texto, os pedidos eram instruídos diretamente pelo Ministério do Meio Ambiente.

38 Ver a circular DNP/CFF n° 00/09 de 6 de dezembro de 2000, citada.

39 Ver, por exemplo: *Report of the European commission -Compilation of EU wildlife regulation implementation reports submitted by the member states in accordance with article 5.4 (c)*, abril de 2002, p. 126, [www.europa.int](http://www.europa.int), consultado em 12 de setembro de 2006.

40 O Museu Nacional de História Natural (MNHN) é um estabelecimento público de caráter científico, cultural e profissional, administrativamente ligado ao Ministério da Educação e da Pesquisa e sob tutela do Ministério do Meio Ambiente. Decreto N° 2001-916 de 3 de outubro de 2001, relativo ao MNHN, *JORF* N° 233 de 7 de outubro de 2001, p. 15803.

O parecer do MNHN possui três observações relativas ao seu alcance:

- o objeto: (art. 4 do Regulamento do Conselho), a competência do MNHN é mais restrita para as espécies do anexo I que para as que figuram no anexo II (comparar artigo 4 §1 a), §1 c) e 4 §2 a));
- o alcance: três observações:
  - Ele é sistematicamente requerido apenas para as espécies que figuram no anexo A do regulamento do Conselho;
  - O parecer científico favorável não se vincula à administração: ele não impede qualquer procedimento administrativo ligado ao dossiê; mas, em geral, ele é seguido. Assim, 3871 pareceres desse tipo foram adotados em 2003.
  - Entretanto, observa-se, no sentido contrário, que os pareceres desfavoráveis se vinculam à administração: eles são sistematicamente confirmados pelos DIREN (sem poder de apreciação); desde julho de 2003, 245 pareceres desfavoráveis foram emitidos; todos eles conduziram a uma rejeição da autorização de importar<sup>41</sup>.

De modo geral, constata-se que pressão do comércio é crescente, o que pesa para os órgãos de gestão encarregados de instruir os processos e para a autoridade científica encarregada de dar o seu parecer. Um procedimento informatizado foi instaurado pelo Ministério do Meio Ambiente para melhorar a eficácia do sistema: recentemente (2003?), os pedidos de documentos da CITES passaram a poder efetuar-se na internet, e o *site* posto à disposição dos interessados possui um grande número de informações sobre os textos aplicáveis e a classificação das espécies<sup>42</sup>.

O número das licenças e de certificados de importação emitidos, cada ano, pela administração francesa é elevado e está em progressão: os últimos dados estatísticos disponíveis mostram que esse número quase duplicou nos últimos quatro anos, passando de 17.000 (1997) para 29.000 (2000)<sup>43</sup>. Naturalmente, o número de licenças recusadas constitui um índice igualmente importante para apreciar a política de emissão das autorizações, mas esse é um dado não encontrado até agora... Notei, entretanto, a existência de um contencioso muito excepcional, muito raro de recusa de licenças<sup>44</sup>... Sinal de que ou as recusas são raras... ou elas não são contestadas porque a decisão é tida como fundada. Com efeito, o poder de apreciação dos órgãos de gestão na emissão das licenças e certificados é fraco, dado que os procedimentos são estreitos.

41 [http://cites.ecologie.gouv.fr/v1/pages/avis\\_mnhn.asp?pays=0&msource=0&mavis=1&sel=0&val=0:0:0:0&smode=0&periode=06/06/2007](http://cites.ecologie.gouv.fr/v1/pages/avis_mnhn.asp?pays=0&msource=0&mavis=1&sel=0&val=0:0:0:0&smode=0&periode=06/06/2007). Acesso em: 23 set. 2006.

42 O *site* <http://cites.ecologie.gouv.fr> permite: - consultar uma base de dados que reúne o conjunto das informações relativas às diferentes espécies inscritas nos anexos comunitários, nomeadamente as regulamentações e decisões aferentes; - efetuar os pedidos de licenças e de certificados em linha.

43 Do último relatório francês relativo à implementação (relatório de 2003 ?) VERIFICAR. Licença de certificados em 1997: 17000; em 1998: 23000 ; em 1999: 24000 ; em 2000: 29000.

44 As decisões de autorização ou de recusa são atos administrativos individuais suscetíveis de recursos diante do órgão jurisdicional administrativo.

Quatro acórdãos! Os recursos obedecem a uma lógica comercial. Entre os requerentes: um particular, uma sociedade ornitológica, um profissional de peles. Nesses diferentes casos, o requerente obteve ganho de causa: seja porque a recusa era, manifestamente, infundada, seja porque as regras suscetíveis de fundar a recusa eram inaplicáveis ao caso.

- CAA de Douai, 13 de fevereiro de 2003, *Guillien*: direito à manutenção de uma licença de importação de objetos de marfim e de duas presas de elefantes que provêm dos Camarões (anexo B). Essa pessoa tinha obtido uma licença de importação que a administração, em seguida, retirou, pelo motivo de, no momento da importação, outros espécimes, aparentemente espécies protegidas pela CITES, terem deixado o território camaronês sem as autorizações necessárias. A CAA considerou que a retirada não era fundamentada porque o elemento de fato, levantado pelo Ministério do Meio Ambiente, não era de natureza tal que prejudicasse a validade da licença atribuída, tratando-se de objetos de marfim e de presas. Acórdão perfeitamente ortodoxo em relação à JP relativa à retirada das decisões administrativas<sup>45</sup>.
- CE, *Pomarède*, de 19 de março de 1990: recurso contra uma decisão que recusou importação de diversos espécimes de pássaros provenientes da Polinésia francesa. Essa recusa foi apresentada a uma empresa ornitológica, pelo motivo de a interessada não possuir uma autorização de retirada e de exportação, emanada das autoridades territoriais Polinésias; ora, a posse de tal documento é condição para a emissão de uma licença de importação. A licença de importar pode ser atribuída apenas se a prova for trazida, mediante documentos que emanam das autoridades competentes do país de origem, comprovando que os animais foram adquiridos em conformidade com a legislação relativa à proteção da espécie em causa<sup>46</sup>.
- CE, *Empresa Peles Maurícia*, de 30 de janeiro de 1995 e de 6 de Novembro de 1998<sup>47</sup>: os fatos são mais complexos. Trata-se de um caso de importação na Espanha e da circulação para a França e, por último, da França para a Itália. A questão era saber se a administração francesa poderia aplicar as regras comunitárias previstas nesse caso (circulação intra-comunitária), mesmo se, na época do exame dos pedidos de importação para a França e de reexportação para a Itália, a Espanha não fazia, ainda, parte da CE (dois recursos):
  - Recurso contra uma decisão que recusou a importação, na França, de peles (peles de gatos selvagens e de anaconda da Bolívia) que tinham sido, inicialmente, importadas da Espanha. O motivo invocado pelo ministério

45 Segundo MOREAU (J.), *La semaine juridique administration et collectivités territoriales*, n° 23, 2 de junho de 2003, 1536, p. 749.

46 Segundo De Klemm (C.), RJE 1991, p. 227.

47 RFDA 11 (2), março-abril de 1995, p. 421 e ss., e segundo DELFOUR (O.), RJE 4/1999, p. 599.

era de que o interessado não demonstrara condições de ter o certificado de livre circulação intra-comunitária, previsto pelo regulamento CE<sup>48</sup>.

- Recurso contra a recusa de exportar para a Itália: recusa fundamentada em virtude de que, com base em uma alteração do COP 8, ratificada pelo regulamento CE, os produtos visados não podiam mais ser objeto de uma reexportação comunitária<sup>49</sup>.

Um quinto caso possui, entretanto, um alcance bem diferente; se os recursos precedentes inseriam-se em uma lógica comercial (contestação da recusa de importar), o caso das tartarugas da ilha de Tromelin inscreve-se, pelo contrário, na lógica oposta – a lógica ambiental; as duas requerentes são, aliás, duas associações de proteção à natureza. O pedido visava a obter a anulação de autorizações de retirada e de importação de várias dezenas de milhares de espécimes de uma espécie de tartaruga<sup>50</sup> de proveniência da ilha de Tromelin (uma das ilhas dispersas do Oceano indiano) – animais classificados no anexo I CITES. Nota-se que essas deliberações foram adotadas sem que o parecer do Museu NHN tenha sido requerido... E, com razão. Segundo o seu estatuto, a ilha de Tromelin é um TOM, e ela é, então, considerada como um país terceiro, do ponto de vista do direito comunitário<sup>51</sup>. Do ponto de vista ambiental, a ilha de Tromelin e o conjunto das ilhas dispersas constituem um dos principais sítios de reprodução da espécie no mundo. Os animais eram encaminhados à ilha da Reunião (DOM) e explorados para fins comerciais por uma empresa privada (produção de carne de conserva, lascas para a joalheria e peles para artefatos de couro de luxo)<sup>52</sup>.

Baseando-se no regulamento do Conselho, aplicável na época (Regra nº 3626/82, artigo 6 principalmente), e na CITES (art. III), que ele declara indiretamente aplicável, o TA recorda que as espécies do anexo I não podem ser importadas “para fins essencialmente comerciais” e que o parecer do Museu era necessário e conclui que as deliberações que autorizaram as importações são ilegais. Muito esperada, a decisão foi, igualmente, muito comentada: o desafio ambiental encontra fortes desafios econômicos e de políticas locais; a atividade da exploração agrícola das tartarugas era importante para a economia da ilha da Reunião, e esse fato explica em parte as escolhas pouco ecológicas da administração. Não obstante, a decisão do TA não foi contestada, sinal de que quando o desafio ambiental é grande, o Estado pode ser obrigado a se sujeitar – no caso sob a pressão das associações. Uma decisão isolada, mas, no meu ponto de vista, extremamente importante, quando se trata de avaliar a efetividade da CITES na França.

48 Na época do Regulamento (CEE) N° 3626/82 do Conselho de 3 de dezembro de 1982.

49 Os produtos em questão passaram do anexo I ao anexo II.

50 Chelonia Mydas; quando decidiu ser parte da CITES, a França emitiu uma reserva relativa a essa espécie, mas a reserva acabou por ser eliminada em 1984. Ver TA de Saint Denis de la réunion, 19 de fevereiro de 1997, *SOPTOM-Réunion et France Nature environnement contre préfet des DOM-TOM et Ministre des DOM-TOM*.

51 TA de Saint Denis de la réunion, 19 de fevereiro de 1997, Sexto, considerando: «a tradução, a partir de um território não comunitário, para um território comunitário, de espécies protegidas pela convenção de Washington e pelo regulamento de 3 de Dezembro de 1982, constitui na aceção destes textos uma importação».

52 Segundo Le CORNEC (E.) sous TA de Saint Denis de la réunion, 19 février 1997, *SOPTOM-Réunion et France Nature environnement contre préfet des DOM-TOM et Ministre des DOM-TOM, RJE*, 1999, p. 103 e ss.

Após a análise da estrutura geral dos procedimentos aplicáveis ao comércio das espécies CITES, será abordada a questão da sanção desses procedimentos; a emissão – ou não – de documentos que permitem controlar o comércio não é suficiente para obter a eficácia do texto; é necessário, ainda, que esses procedimentos sejam controlados e que as infrações eventuais sejam aprovadas. Por conseguinte, que haja o controle e a sanção.

### 4.3 CONTROLE E SANÇÃO DOS PROCEDIMENTOS

Se utilizarmos uma concepção ampla da noção de controle, convém abordar não somente os mecanismos de vigilância do comércio das espécies CITES, mas, igualmente, os mecanismos de controle *stricto sensu* de respeito da regulamentação. Os primeiros referem-se, principalmente, ao papel que possuem os atores não governamentais. A rede TRAFFIC, que é um programa comum da WWF e da UICN (União Mundial para a Natureza), desempenha, assim, uma missão muito importante na vigilância dos fluxos e, mais geralmente, na sensibilização e na informação do público e das autoridades encarregadas dos controles<sup>53</sup>.

Por problemas de tempo, não desenvolverei esse aspecto e restringirei minhas observações tanto aos mecanismos de controle do respeito à regulamentação quanto à sanção das infrações.

#### Os limites dos mecanismos de controle

A impressão geral que se tem, nesse assunto, é a de perplexidade, diante da grande dispersão das autoridades de controle.

A convenção é muito discreta na questão; ela se contenta em convidar as partes – em termos muito gerais – a tomarem as “medidas adequadas” para aplicar o texto e proibir o comércio ilegal (artigo VIII).

O direito comunitário é mais abrangente<sup>54</sup>, deixando, ao mesmo tempo, uma grande latitude aos Estados; isso não é surpreendente: toca-se, aqui, em uma área sensível (a polícia), tradicionalmente considerada como uma competência reservada dos Estados.

53 TRAFFIC (Trade records analysis of flora and fauna in commerce) é uma rede que dispõe de 22 escritórios repartidos em 8 programas regionais em todo o mundo. Ver: [www.traffic.org](http://www.traffic.org).

54 12º considerando o regulamento 338/97 e artigos 12 e 14.



O reg. CE obriga a criar postos alfandegários com competência especializada<sup>55</sup>; ele indica que “todos os escritórios devem possuir” funcionários suficientes e com formação adequada<sup>56</sup>; ele obriga, igualmente, a prever condições de alojamento e de transporte adequadas para os animais e plantas vivos<sup>57</sup> (em caso de apreensão). No resto, os Estados são livres para “designar as autoridades competentes” encarregadas de controlar o respeito à regulamentação, livres, também, para prever “as medidas necessárias” para impor o respeito às disposições ou para empreender uma ação na justiça<sup>58</sup>.

A legislação francesa insere-se, assim, nesse quadro jurídico. O que vale a pena ser comentado?

Primeiramente, o serviço das alfândegas beneficia-se de uma competência natural que se encontra em primeiro plano<sup>59</sup>: os controles efetuam-se, em primeiro lugar, nas fronteiras, e esse tipo de controle é de competência exclusiva das alfândegas. Tendo em vista que tanto os riscos de exportação quanto a prática são raros, qualquer escritório alfandegário é habilitado para efetuar o controle dos documentos exigíveis na saída do território<sup>60</sup>. Em contrapartida, tratando-se das importações, a França designou 58 escritórios especializados (escritórios de competência W<sup>61</sup>)<sup>62</sup>. Os funcionários desses escritórios recebem uma formação adaptada e atualizada a cada ano<sup>63</sup>. Na realidade, apenas poucos escritórios confrontam-se com a prática: trata-se naturalmente dos escritórios estabelecidos junto aos aeroportos que administram a maior parte do tráfego aéreo internacional (aeroportos parisienses, de Lyon e de Marselha)<sup>64</sup>.

Indica-se, igualmente, que os controles podem ser efetuados, em uma fase posterior, principalmente, nos centros de animais, pelos serviços de inquéritos nacionais ou regionais. Assim sendo, a efetividade dos controles confronta-se aqui, pelo menos, com dois obstáculos:

55 Artigo 12 §1.

56 Artigo 12 §2.

57 Ibidem.

58 Artigo 14 §1 e 2.

59 Escritório de procedimentos e de regulamentos técnicos – Direction générale des douanes et droits indirects, «La douane et la protection des espèces menacées», *Les notes bleues de Bercy*, n° 31, 1994; TREMEUR (M.), «La protection des espèces menacées d'extinction: un rôle méconnu des douanes», *Revue de droit rural*, 1997, n° 254, p. 352 e ss.

60 *Report of the European commission* – Compilation of EU wildlife regulation implementation reports submitted by the member states in accordance with article 5.4 (c), april 2002, p.128, [www.europa.int](http://www.europa.int). Acesso em: 12 set. 2006.

61 Para consultar a lista: *Report of the European commission*, op. cit., p. 132 e ss., [www.europa.int](http://www.europa.int). Acesso em: 12 set. 2006.

62 Para ver o procedimento em detalhe: *Report of the European commission*, op. cit., p.130-131 et Bureau des procédures et règlements techniques – Direction générale des douanes et droits indirects, «La douane et la protection des espèces menacées», *Les notes bleues de Bercy*, n° 31, 1994.

63 *Report of the European commission*, op. cit., p. 130. Durante a sua escolaridade em uma das três escolas das Alfândegas (La Rochelle, Nueilly-sur Seine, Rouen), os agentes das alfândegas recebem uma formação sobre a legislação CITES. Os funcionários participam, seguidamente, de seminários de formação (dispensados pelo Ministério da Ecologia, pela Direção-Geral das alfândegas e pelo serviço de formação profissional que opera em cada distrito aduaneiro).

64 Todas as importações de espécimes CITES devem efetuar-se via esses escritórios. O exemplar amarelo da licença CITES visada pelas alfândegas é entregue ao operador e vale como prova de importação (ou exportação) lícita.



- Primeiro obstáculo: o controle das mercadorias nas fronteiras é um controle por sondagem – isso poderia ser diferente? Ele é, assim, necessária e intrinsecamente, limitado.
- Segundo obstáculo (o mais importante): vincula-se à formação dos funcionários da alfândega; os seminários regulares de formação permitem atualizar os conhecimentos em matéria de legislação, mas a efetividade dos controles depende não somente de uma bom domínio dos textos, depende, também, de um bom assessoramento científico – da aptidão para identificar um certo espécime como um espécime coberto pela regulamentação, e como protegido por um estatuto e não por outro<sup>65</sup>. Como distinguir os peixes cuja importação é autorizada daqueles cuja importação é proibida quando a diferença repousa unicamente no número das suas escamas laterais? O que fazer após a apreensão de um animal? Como manipular, sem perigo, uma serpente com chocalho? Como saber se o espécime necessita de cuidados urgentes e de quais cuidados? A operação é, freqüentemente, uma missão impossível<sup>66</sup>. Porém, um outro elemento complica, ainda mais, a efetividade das operações de controle:

Outras autoridades intervêm no controle, o que gera um complexo institucional muito disperso<sup>67</sup>.

As infrações podem, com efeito, ser assinaladas pela polícia<sup>68</sup>, pelos guardas do serviço nacional da caça<sup>69</sup>, pelos serviços veterinários do departamento<sup>70</sup>... Tendo em vista que cada uma dessas autoridades é ligada a um ministério diferente, há, desse modo, problemas de coordenação ou, mesmo, de sobreposição de competência<sup>71</sup>.

A necessidade de coordenar e de racionalizar os controles conduziu à criação de uma superestrutura (dezembro de 2004)<sup>72</sup>: o Serviço central de luta contra as infrações

65 Para facilitar sua tarefa, os agentes dos escritórios W dispõem de um guia prático das espécies cobertas pela regulamentação; essa obra foi realizada pelo Museu nacional de história natural. Nos casos mais delicados, os agentes podem recorrer aos peritos do museu, mas essa ajuda pode ser, apenas, pontual. Eles são, igualmente, auxiliados pelos serviços veterinários no departamento. Ver: Bureau des procédures et règlements techniques – Direction générale des douanes et droits indirects, «La douane et la protection des espèces menacées», *Les notes bleues de Bercy*, n° 31, 1994; os agentes alfandegários podem também receber formação ao freqüentar o zoológico! IOVENE (F.), «Trafic animalier: les douaniers français se forment en allant au zoo», *dépêche AFP*, 6 avril 2004.

66 Ver, por exemplo: IOVENE (F.), op. cit., BISCHOF (V.), «Le commerce des animaux sauvages, deuxième marché illicite après la drogue», *dépêche AFP*, 21 mai 2001.

67 COMTE (F.), op. cit., p. 410; VALLAT (J.), Mondialisation du commerce illicite de bois et droit pénal français: un déficit de juridiction, *Revue des sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 2005, n° 1, p. 36.

68 Cada uma das 3.600 brigadas da polícia é habilitada a realizar controles e efetuar apreensões no conjunto do território nacional.

69 O serviço nacional da caça e da fauna selvagem dispõe, pelo menos, de um correspondente CITES em cada departamento. Existe, além disso, uma brigada nacional móvel especializada em CITES (BCW), baseada em Bar Le Duc.

70 As Direções dos serviços veterinários asseguram o acompanhamento e o controle dos estabelecimentos ou das criações que alojam a fauna selvagem cativa; nesse sentido, elas controlam a origem lícita dos animais e reprimem as infrações com base no código do meio ambiente.

71 Ver, principalmente: Mission interministérielle sur les polices de l'environnement, *rapport du 2 février 2005*, [http://www.ecologie.gouv.fr/article.php3?id\\_article=4679](http://www.ecologie.gouv.fr/article.php3?id_article=4679). Acesso em: 26 set. 2006.

72 Decreto N° 2004-612 de 24 de junho de 2004, sobre a criação de um Office central de lutte contre les atteintes à

ao meio ambiente e à saúde pública (OCLAESP), cuja competência ultrapassa a CITES. Esse serviço coordena a ação dos serviços repressivos no plano nacional (polícia – alfândegas), ele os auxilia, centraliza a informação, assegura a divulgação do conjunto dos serviços e tem, igualmente, por missão observar e estudar os comportamentos mais característicos dos autores de infração; por último, participa de ações de formação e de informação<sup>73</sup>. Entretanto, trata-se de um serviço que, por enquanto, possui poucos recursos materiais (menos de vinte pessoas atualmente), e a criação do Serviço é muito recente para medir a eficácia da sua ação.

### **A sanção do tráfico ilícito (a repressão das infrações)**

Embora a competência penal seja de domínio reservado do Estado, a CITES impõe às partes penalizar a sanção das violações da Convenção (artigo VIII): as medidas que as partes devem tomar “compreendem... sanções penais que atingem seja o comércio, a detenção de tais espécimes ou os dois”. Essa mesma disposição impõe, igualmente, aos Estados providenciar o confisco ou o envio dos espécimes ilegalmente importados.

O Regulamento 338/97 (artigo 16) é, ao mesmo tempo, mais tímido e mais detalhado.

Mais detalhado porque ele cataloga as diferentes infrações que a CV não faz, ele propõe, assim, um corpo para o regime de luta contra o tráfico;

Mais tímido, pois não impõe a penalização da sanção (evoca, simplesmente, a obrigação de tomar as “medidas necessárias”, as quais devem compreender “a apreensão” e “o confisco” e, no restante, devem “ser apropriadas à natureza e à gravidade” das infrações).

Nesse contexto, a legislação francesa instaurou, de fato, um regime repressivo severo; as infrações são da competência do direito penal; elas são, fortemente, sancionadas pelos tribunais – quando eles intervêm. O regime é complexo porque não é unificado: as infrações são quer da competência do direito alfandegário, quer do direito do meio ambiente. As sanções podem ser relativamente pesadas (10 anos de prisão, quando as infrações ao direito alfandegário são cometidas por uma quadrilha organizada, quando elas são praticadas por uma rede criminosa – ver infra); elas combinam penas, prisão, multas, apreensões, seguidas de confiscação – esta não podendo ser autorizada por um juiz. A JP considera, contudo, que as penalidades de confisco e de multa não são cumuláveis<sup>74</sup>.

<sup>73</sup> l'environnement et à la santé publique, *JORF* N° 148, 27 juin 2004, p. 11712.

<sup>74</sup> Órgão ligado à subdireção da polícia judicial da Direção-Geral da polícia nacional.

<sup>74</sup> Cour de Cassation, Crim, 20 de novembro de 1997, *Carciofi*.

Em relação ao direito alfandegário: (artigo 215 do Código alfandegário); os espécimes CITES introduzidos ou detidos ilegalmente constituem “mercadorias proibidas segundo os compromissos internacionais”<sup>75</sup>, qualificação que autoriza uma repressão mais severa que para outras mercadorias. Qualquer pessoa que se encontre nessa situação deve apresentar um documento que justifica a origem legal do espécime<sup>76</sup>. Caso contrário, os espécimes serão considerados contrabandeados. A sanção consiste, assim, em uma pena de prisão máxima de 3 anos, com:

- confiscação do objeto da fraude, dos meios de transporte, dos objetos que serviram para ocultar a fraude (e não as mercadorias, valores e documentos sem relação com a fraude<sup>77</sup>);
- multa compreendida entre duas e três vezes o valor do espécime.

Essas penas são agravadas quando as infrações são cometidas por grupo organizado, quando são realizadas por uma rede criminosa (10 anos de prisão, multa que pode chegar a 10 vezes o valor dos espécimes apreendidos (artigo 414 do código alfandegário)).

Todas as outras infrações (ao código do meio ambiente, artigos L. 411-1 e textos de aplicação do artigo L. 411-2, L. 412-1, e textos de aplicação L 413.2 e 3, relativos aos centros de animais), por exemplo, a utilização para fins comerciais dos espécimes do anexo I/A, são da competência do código do meio ambiente. A repressão é aqui mais suave, pois essas infrações são punidas de uma pena de prisão de seis meses e de uma multa de 9000 Euros.

### Qual é a prática?

Ela não é fácil de ser avaliada; as infrações são constatadas por diversas autoridades e essa dispersão das autoridades torna difícil a avaliação global do tráfico. Não há uma centralização dos dados estatísticos. A polícia publica muitas estatísticas anuais dos crimes e delitos, mas as contravenções são excluídas, e trata-se de números globais, nos quais, os delitos ambientais não conseguem ser identificados como tais<sup>78</sup>.

Duas observações permitem relativizar essa constatação. Se a avaliação através dos números é impossível, a avaliação pela JP continua a ser sempre possível, dado que os delitos foram seguidos de processos judiciais que conduziram a uma decisão. A jurisprudência, ainda excepcional nos primeiros anos de aplicação da CITES, está cada

<sup>75</sup> Denominação estendida aos espécimes CITES assim como às partes ou produtos procedentes, pela deliberação de 24 de setembro de 1987, *JORF* du 14 octobre 1987. Essa qualificação leva a uma repressão mais severa que a relativa a outras mercadorias.

<sup>76</sup> Recibos atestando que a mercadoria foi regularmente importada, faturas de compra, registros de fabricação ou todas as justificações de origem. Artigo L.215 Código das alfândegas.

<sup>77</sup> Cour de Cassation, Crim, 27 de setembro de 1993, *Gentil*.

<sup>78</sup> Ministério do interior, Note relative à la méthodologie des statistiques des crimes et délits constatés par la police et la gendarmerie (2000), Anexo ao relatório sobre os crimes e delitos constatados na França em 2000, [vie-publique.fr/documents-vp/crimesdelits2000.pdf](http://vie-publique.fr/documents-vp/crimesdelits2000.pdf). Ver, também: COMTE (F.), op. cit., p. 395.

dia mais abundante, sinal de que os processos são iniciados de forma mais sistemática. A jurisprudência refere-se, essencialmente, às infrações assinaladas nos centros de animais que comercializam espécimes com venda proibida ou espécimes para os quais os gerentes não possuam documentos que atestem a origem legal dos animais. Tenho a impressão de que a repressão está cada vez mais severa; há, em alguns processos, uma vontade explícita do Ministério Público de que sanções exemplares, dissuasivas sejam aplicadas... Mas isso não é, sempre, seguido. Assim, por exemplo: julgamento do tribunal corretivo de Paris, de 22 de setembro de 2006: visa o gerente de quatro centros parisienses de animais – *recidivista*<sup>79</sup>! Finalmente, inocentado da acusação de posse de espécies proibidas; a procuradora pediu a aplicação de uma pena significativa e requereu, ao invés da detenção, uma proibição de cinco anos relativa a exercer uma atividade profissional ligada ao comércio de animais ou relativa a possuir animais<sup>80</sup>.

Em relação à JP, no relatório escrito, cumpre observar:

- CA Paris, *Lieuvin*, 9 avril 1990;
- Cour de Cassation, Crim, 20 novembre 1997, *Carciofi*;
- Cour de cassation, crim, 27 septembre 1993, *Gentil*;
- Cour de Cassation, crim, 26 novembre 1997, *Guilbert et Krametz*.

Os delitos alfandegários fazem parte, por outro lado, de estatísticas orientadas e, facilmente, acessíveis<sup>81</sup>. Resulta desses dados que, se as infrações aumentaram constantemente, a cada ano<sup>82</sup>, elas tiveram um aumento espetacular no ano passado (acima de 70,8%... Sinal de que o tráfico aumentou ou sinal de que os controles não são mais eficientes? ou os dois?!?). A verdade é que houve 719 constatações com apreensão de 47.468 espécimes, principalmente nos aeroportos. As apreensões de animais vivos estão retrocedendo: trata-se, essencialmente, de tartarugas terrestres e de pássaros; os mariscos estão, também, muito na moda, assim como os hipocampus secos (em trânsito da Guiné para a China, onde estes animais são utilizados na farmacopéia), orquídeas ou peles e artigos em pele de répteis.<sup>83</sup>

Acerca do futuro dos espécimes confiscados, a CITES obriga os Estados a adotarem medidas para o “confisco ou o envio ao Estado de exportação” (artigo VIII §1 b). O regresso do espécime ao Estado de origem é opcional, o que confirma o artigo VIII §4 e §5 (lógico, pois as operações são complexas e caras). Na França, após a transação ou o julgamento final, os espécimes tornam-se propriedade do Estado e possuem um destino diferente, segundo o anexo no qual eles se inserem.

79 CA Paris, *Lieuvin*, 9 avril 1990, Gazette du palais, 1990, 1, p. 304.

80 Nota AFP, 8 set. 2006. Para o relatório escrito, ver COMTE, commentaire de la décision cadre CE pénalisation des infractions environnementales, et ouvrages de droit pénal de l'environnement.

81 Conforme Relatórios anuais estabelecidos pela direção geral das douanas e de direitos indiretos. Para os últimos dados disponíveis, ver (estatísticas de 2005): [www.douane.gouv.fr/page.asp?id:1163](http://www.douane.gouv.fr/page.asp?id:1163). Acesso em: 26 set. 2006.

82 Ver Report of the European commission -Compilation of EU wildlife regulation implementation reports submitted by the member states in accordance with article 5.4 (c), April 2002, p.126 e ss., [www.europa.int](http://www.europa.int). Acesso em: 12 de set. 2006.

83 Ibidem. p. 25-26.

Há os que são da competência do anexo I CITES ou A do Rel CE.

Eles são cedidos gratuitamente a um estabelecimento público (local do MNHN, por exemplo, museus da escola das alfândegas (para a formação dos agentes e sensibilização do público)<sup>84</sup>. Tratando-se de partes e produtos de espécimes que não interessam aos estabelecimentos públicos, há destruição. A cessão pode, também, ser feita em proveito de um outro Estado, para permitir a formação de seus funcionários alfandegários<sup>85</sup>. Muito excepcionalmente, há reenvio ao país de exportação (219 cactos, pertencentes a espécies raríssimas, destinados a colecionadores, foram, assim, reintroduzidos no seu meio ambiente de origem no México, em 1993)<sup>86</sup>.

Há os que se inserem nos anexos II III Cites ou B, C, D reg. CE.

Esses podem ser cedidos a um estabelecimento público ou privado (jardim zoológico, por exemplo).

84 *Sud Ouest*, 26 de setembro de 1998 e 7 de novembro de 2003.

85 Em 2000, as alfândegas francesas, assim, cederam, gratuitamente, os mais bonitos espécimes da competência do anexo I (tratava-se de partes ou produtos) à Direção-Geral das alfândegas da Polônia para fins de formação dos seus agentes, em GR, contexto da adesão da Polônia à UE. Ver *Report of the European commission*, op. cit., p.127.

86 Ver *Report of the European commission*. Op. cit., p.127 e ver, igualmente, *dépêche AFP*, 23 fev. 1995.

#### 4.4 Conclusão

É flagrante que muitos progressos devam, ainda, ser feitos para melhorar a efetividade da CITES na França e em outros lugares. Sem dúvida, os dispositivos jurídicos destinados a reger a aplicação da Convenção na França são perfectíveis, mas é certo que as dificuldades não podem ser todas resolvidas pelo direito e pelo aprimoramento das regras.

A pressão do comércio, legal ou ilegal, é muito forte, por várias razões. Ela é forte porque existe um mercado das espécies selvagens que não cessa de se desenvolver, principalmente com o aparecimento de novos vetores de venda (Internet<sup>87</sup>) ou, ainda, pela evolução dos gostos dos consumidores: na França, como em muitos países desenvolvidos, a moda dos NAC (Novos animais de companhia), de uns dez anos para cá, aumentou, consideravelmente, os pedidos (macacos, répteis, crocodilos, escorpiões, por que não?)<sup>88</sup>. Existe, assim, um mercado das espécies selvagens, e esse mercado é, particularmente, lucrativo: o valor de muitas espécies (animais principalmente) é muito importante para a revenda, sinal de que as mais-valias são realizadas, essencialmente, nos Estados de importação e não nos Estados de exportação<sup>89</sup>. As condições estão, assim, reunidas para que as importações fraudulentas sejam estimuladas... O mercado gera um tráfico e esse contexto fragiliza a efetividade da regra de direito, tão eficiente e adaptada. Isso é verdade não somente na França, mas, também, em outros lugares.

87 IFAW, «Pris dans la toile, le commerce de la faune et de la flore sauvage sur l'internet», <http://www.ifaw.org/>; *Communicado AFP*, 16 de agosto de 2005, *La croix*, 21 mai 2001.

88 WWF, *News press*, 20 de janeiro de 2003; *La croix*, 21 mai 2001; *dépêche AFP*, 6 de abril de 2004.

89 COMPTE (F.), op . cit., p. 390, 398 e ss.

## 4.5 Referências

Le preste, *Protection de l'environnement et relations internationales –les défis de l'écopolitique mondiale*, Armand Colin, 2005.

DE VISSCHER, C. *Les effectivités du droit international*, Pedone, paris, 1967.

SAND, P. *The effectiveness of international environmental agreements : a survey of existing legal instruments*, Cambridge, Grotius, 1992.

LAMBERT-HABIB, M-L. *Le commerce des espèces sauvages : entre droit international et gestion locale*, L'Harmattan, logiques juridiques, 2000.

BISCHOF, V. Le commerce des animaux sauvages, deuxième marché illicite après la drogue , *dépêche AFP*, 21 mai 2001.





# A Efetividade do Direito Internacional Ambiental

## Capítulo 5

### BIOSSEGURANÇA: A EFICÁCIA E A EFETIVIDADE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Carina Costa de Oliveira

# BIOSSEGURANÇA: A EFICÁCIA E A EFETIVIDADE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

*Carina Costa de Oliveira<sup>1</sup>*

## 5.1 Introdução

A incorporação dos avanços da biotecnologia moderna em diversos setores da economia, tais como agricultura, medicina, pecuária, meio ambiente, determina a edição de normas que garantam a segurança para a saúde pública e para o meio ambiente. Essa garantia é o escopo da biossegurança que, apesar da sua relevância, não dispõe de tratamento eficaz e efetivo na legislação brasileira. Nesse sentido, há um grande contraste na valorização e no investimento alto em biotecnologia, sem a preocupação com a garantia na segurança desse sistema.

A importância do tema no Brasil decorre da sua posição de um dos 5 países mais desenvolvidos em biotecnologia no mundo, possuindo mais de 1.700 grupos de pesquisa apoiados pelo CNPQ, com a formação de mais de 1.200 doutores no país.

Na agricultura, há o cultivo de organismos geneticamente modificados por cerca de 9 milhões de agricultores, em 21 países no mundo, em um total de mais de 90 bilhões de hectares<sup>2</sup>.

No âmbito internacional, a primeira convenção referente ao tema foi a Convenção sobre Diversidade Biológica de 1992. Ela dispõe, nos parágrafos 3º e 4º do artigo 19, bem como na alínea "g" do artigo 8º e no artigo 17, as diretrizes para que os países adotem regras para administrar os riscos com Organismos Vivos Geneticamente Modificados-OVM resultantes da biotecnologia, com a previsão da elaboração de um Protocolo para estabelecer procedimentos adequados acerca da utilização desses produtos.

O Protocolo que aborda os padrões para a garantia de níveis adequados de proteção à transferência, manipulação e utilização dos organismos geneticamente modificados é o Protocolo de Cartagena, conhecido como Protocolo da Biossegurança. Ele contém dispositivos importantes, possuindo eficácia no plano interno. Entretanto, sua efetividade é questionável, pois fatores sociais, econômicos e principiológicos não são cumpridos pelo sistema instituído e nem pela sociedade.

<sup>1</sup> Mestranda em Direito das Relações Internacionais no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), bolsista da CAPES, advogada.

<sup>2</sup> ODA, Leila. *Protocolo de Biossegurança: o equilíbrio entre desenvolvimento e conservação*. Disponível em: <<http://www.mrweb.com.br/clientes/anbiodestaque/geral2.asp?cod=511>>.

Diversos países adequaram suas legislações internas aos parâmetros internacionais, entre eles, o Brasil, que, em 1995, elaborou a primeira lei relativa ao tema, a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, com o posterior Decreto nº 1.752, de 20 de dezembro de 1995. Atualmente, a legislação que rege essa matéria é a Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, e o Decreto nº 5.591, de 22 de novembro de 2005. Essas normas trazem novidades, mas há argumentos que suscitam questionamentos quanto a sua efetividade.

O objetivo desse artigo é, portanto, analisar a eficácia e a efetividade da legislação nacional diante dos paradigmas internacionais e da realidade brasileira, observando-se a biossegurança como uma garantia para o desenvolvimento da biotecnologia. Para tanto, é necessário comentar a legislação internacional que positivou o surgimento da biossegurança, a Convenção sobre Diversidade Biológica e o Protocolo de Cartagena. Ademais, é preciso destacar a regulamentação da biossegurança no Brasil, com destaque para as Leis 8.974/95 e 11.105/2005.

## 5.2 Legislação Internacional

### 5.2.1 Surgimento da Biossegurança

As primeiras diretrizes de biossegurança foram estabelecidas pelo Instituto de Saúde dos Estados Unidos (*National Institute of Health*), que divulgou, em 1976, normas de segurança laboratorial a serem observadas por projetos com recursos federais. Esse parâmetro repercutiu em vários países, por exemplo, no Reino Unido, na França e na Alemanha<sup>3</sup>.

As discussões a respeito da biossegurança, portanto, iniciaram-se nos anos setenta. No âmbito internacional, houve maior fomento nos anos oitenta. Entretanto, apenas com a Convenção da Diversidade Biológica, realizada no Rio de Janeiro, em 1992, com a elaboração da Agenda 21, o movimento de normatização tornou-se mais evidente.

De modo geral, as primeiras regulamentações foram mais conservadoras em função do desconhecimento dos efetivos riscos causados pelos produtos modificados. Após esse primeiro momento, os países passaram a flexibilizar as normas para garantir o desenvolvimento da biotecnologia.

Os marcos regulatórios internacionais ocorreram nos Estados Unidos e no Reino Unido. O americano, de 1992, chamado *Office of Science and Technology Policy*,

<sup>3</sup> SANT'ANA, André. *Biossegurança no Brasil: a necessidade de uma política consistente*. In: TEIXEIRA, Pedro; VALLE, Silvio (Orgs.). *Biossegurança: Uma abordagem multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1996. p. 27.

determina que as agências governamentais passem a examinar apenas os produtos biotecnológicos que demonstrem “risco irrazoável”<sup>4</sup>, para não inibir a pesquisa e o desenvolvimento de produtos, delimitando o risco apenas em relação às características do produto, e não ao uso da técnica de modificação genética.

O documento britânico foi apresentado em 1993, determinado a fortalecer os interesses econômicos do Reino Unido, em contraposição às diretrizes restritivas da Comissão das Comunidades Europeias de 1990. A política seguida dispõe que deve existir uma proporcionalidade entre o risco e a melhor evidência científica disponível<sup>5</sup>.

Além desses documentos, a própria Comissão das Comunidades Europeias propôs uma política de biossegurança compatível com a concorrência internacional, com o abrandamento dos dispositivos rigorosos, por meio do documento conhecido como Carta Branca.

A legislação em outros países segue esses parâmetros internacionais dos países desenvolvidos, apesar das constantes mudanças em razão do desenvolvimento da biotecnologia. Em 1999, foram identificados cinquenta e dois países com normas internas sobre biossegurança<sup>6</sup>, entre eles, África do Sul, Argentina, Bulgária, China, México, Nigéria, Rússia, Turquia e Romênia.

Podem ser mencionadas, também, diversas recomendações internacionais veiculadas por Organizações Internacionais. Nesse contexto, destacam-se as entidades ligadas à ONU, como o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), a Organização de Desenvolvimento Industrial das Nações Unidas (UNIDO), a Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO), a Organização Educacional, Científica e Cultural das Nações Unidas (UNESCO), o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

A importância da homogeneização internacional fundamenta-se no fato de que os danos ambientais ocorridos em razão de organismos modificados podem ter consequências transfronteiriças. Portanto, quanto mais países possuírem normas internas sobre biossegurança, mais fácil será lidar com os impactos internacionais.

4 SANT’ANA, André. *Biossegurança no Brasil: a necessidade de uma política consistente*. In: TEIXEIRA, Pedro; VALLE, Silvio (Orgs.). *Biossegurança: uma abordagem multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1996. p. 29.

5 SANT’ANA, André. *Biossegurança no Brasil: a necessidade de uma política consistente*. In: TEIXEIRA, Pedro; VALLE, Silvio (Orgs.). *Biossegurança: uma abordagem multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1996. p. 31.

6 VARELLA, Marcelo Dias; FONTES, Eliana; ROCHA, Fernando Galvão. *Biossegurança & Biodiversidade – contexto científico e regulamentar*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 52.

### 5.2.2 A Convenção sobre a Diversidade Biológica e o Protocolo de Cartagena

No âmbito internacional, há duas convenções referentes ao tema, a Convenção sobre armas Biológicas e a Convenção sobre Diversidade Biológica. Esta foi instituída em junho de 1992, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio 1992), em vigor desde 29 de dezembro de 1993.

A Convenção sobre Diversidade Biológica é um instrumento jurídico que medeia políticas de desenvolvimento e de proteção ao meio ambiente<sup>7</sup>. Tem como objetivos a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes, a viabilização do acesso e a repartição de recursos genéticos e de tecnologia. Traz como princípios o da precaução, ou seja, a ausência de certeza científica sobre a segurança de um produto não impede que medidas preventivas sejam adotadas para prevenir os riscos; a consagração da soberania dos Estados sobre seus recursos, com a utilização de contratos para as políticas de conservação. Possui 172 países signatários, sendo que 168 o ratificaram<sup>8</sup>.

Essa Convenção determina, nos parágrafos 3º e 4º do artigo 19, no inciso “g” do artigo 8 e nos artigos 16 e 17, a realização de um Protocolo para regulamentar a transferência, manipulação e utilização seguras de todo organismo modificado pela biotecnologia, que seja efetivo para a conservação e utilização sustentável da diversidade biológica.

O Protocolo de Cartagena entrou em vigor em 11 de setembro de 2003, com 132 países signatários e 76 ratificações<sup>9</sup>. Tem como objetivo, expresso em seu artigo 1º, contribuir com um nível adequado de proteção e garantir esse nível na esfera de transferência, de manipulação e de utilização seguras dos organismos vivos modificados, resultantes da biotecnologia moderna, que possam ter efeitos diversos para a sustentabilidade da diversidade biológica, levando-se em conta os riscos para a saúde humana e para o meio ambiente.

De modo geral, o Protocolo dispõe metas para serem internalizadas pelos países partes. Entre elas, podem ser citadas:

a) medidas legislativas, administrativas, entre outras: cada parte deve tomar as medidas necessárias para cumprir suas obrigações diante do Protocolo (art. 2, inciso 1);

7 BELLIVIER, Florence. *Os Contratos sobre os recursos genéticos vegetais: tipologia e eficácia*. In: BARROS-PLATIAU, Ana Flávia; VARELLA, Marcelo Dias (Orgs.). *Diversidade Biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 164.

8 Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/sbf/chm/cdb/decreto.htm>>.

9 Disponível em: <[www.biod.org/biosafety/](http://www.biod.org/biosafety/)>.

b) adoção de medidas mais restritivas para a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica: as disposições do Protocolo não restringem o direito de uma parte de adotar tal procedimento (art. 2, inciso 4);

c) os procedimentos referentes ao transporte de organismos modificados (arts. 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 17, 18 e 25);

d) o acesso à informação: qualquer país, ao exportar produtos ou insumos modificados geneticamente, deverá informar isso ao importador e, ainda, se for aprovado o uso interno ou a comercialização de transgênico para alimentos, ração animal ou composição de produtos que possam ser exportados, o país também deverá prestar essa informação à comunidade internacional (arts. 11 e 20);

e) a avaliação de riscos por meio de assessoramento científico, na modalidade de avaliação caso a caso, de acordo com o organismo vivo modificado (arts. 15 e 16);

f) funções administrativas e executivas determinadas no Protocolo: as partes devem designar um centro nacional responsável por essas funções (art. 19);

g) a necessidade de fortalecimento dos recursos humanos e da capacidade institucional dos países na matéria de biossegurança, para a aplicação eficaz do Protocolo (art. 22);

h) conscientização e participação do público, inclusive das populações indígenas (arts. 23 e 26);

i) responsabilidades e compensação acerca de danos resultantes dos movimentos transfronteiriços de organismos vivos modificados (art. 27);

j) mecanismos e recursos financeiros (art. 28).

### 5.2.3 Legislações de alguns países

Há dois modelos de regulação da biotecnologia genética do DNA recombinante, ou seja, a tecnologia de inserção ou retirada de um gene de uma espécie para gerar um novo produto<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> ODA, Leila Macedo. Proposta da Associação Nacional de Biossegurança ao Novo Projeto de Lei de Biossegurança no Brasil. Disponível em: <[http://www.anbio.org.br/noticias/proposta\\_pl.htm](http://www.anbio.org.br/noticias/proposta_pl.htm)>.

O primeiro é baseado na tecnologia de produção, em que se admite a existência de riscos na técnica do DNA recombinante e, portanto, existe análise de caso a caso, com a incorporação do princípio da precaução. Como regra geral, os países signatários da Convenção sobre Diversidade Biológica adotam esse modelo, a exemplo da União Européia<sup>11</sup>. Esta, por meio de diretivas, estabelece procedimentos para avaliação de riscos que não visam a criar barreiras para o desenvolvimento da tecnologia, mas garantem a segurança da saúde humana e ambiental com a análise caso a caso. Cabe ressaltar que esse procedimento retrata o pensamento da população européia, com destaque para a França, onde as pessoas não têm confiança nas empresas que desenvolvem os organismos geneticamente modificados nem no processo regulador<sup>12</sup>. O Brasil, também, adota esse sistema.

No âmbito do primeiro método, é comum existir um Órgão responsável pela avaliação dos riscos dos OGM. Ele certifica a idoneidade técnico-científica das instituições que queiram fazer experimentos na área de biotecnologia e analisa os projetos e pedidos daquelas instituições. Os pareceres técnicos realizados pelo Órgão são específicos para cada caso em concreto, cabendo ao solicitante o ônus de demonstrar a biossegurança do OGM sob análise, podendo o Órgão exigir informações adicionais quando considerar necessário<sup>13</sup>.

O segundo modelo é fundamentado na análise do produto final e independe do processo tecnológico de produção. Assim, o produto é avaliado com o mesmo rigor, independentemente da tecnologia utilizada, não incorporando o princípio da precaução para os organismos geneticamente modificados. Esse modelo é adotado pelos Estados Unidos e pelo Canadá. No primeiro país, qualquer produto testado e posteriormente comercializado tem de passar por diversas fases de análise, independentemente da tecnologia utilizada, nos seguintes órgãos do governo: Serviço de Inspeção Animal e Vegetal (*Animal and Plant Health Inspection Service - APHIS*); Administração de Alimentos e Drogas dos Estados Unidos (*Food and Drug Administration - FDA*); Instituto Nacional de Saúde (*National Institute of Health - NIH*); Departamento de Agricultura (*United States Department of Agriculture - USDA*); e Agência de Proteção Ambiental dos Estados Unidos (*Environmental Protection Agency - EPA*)<sup>14</sup>.

Observa-se que, nos dois sistemas, há parâmetros que viabilizam uma análise rigorosa dos novos produtos a serem desenvolvidos e comercializados, com a participação de órgãos governamentais responsáveis pela saúde dos seres humanos, dos animais e do meio ambiente. Dessa forma, nos dois sistemas, há possibilidade

11 KISS, Alexandre; BEURIER, Jean-Pierre. *Droit international de l'environnement*. Paris, Pedone, 2000. p. 303.

12 BONNY, Sylvie. *Por que a maioria dos europeus se opõe aos organismos geneticamente modificados?* Fatores desta rejeição na França e na Europa. In: VARELLA, Marcelo Dias; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia (Orgs.). *Organismos Geneticamente Modificados*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 246-247.

13 BINSFELD, Pedro Canisio (org.). *Biossegurança em biotecnologia*. Rio de Janeiro: Interciência, 2004. p. 15.

14 VARELLA, Marcelo Dias; FONTES, Eliana; ROCHA, Fernando Galvão. *Biossegurança & Biodiversidade – contexto científico e regulamentar*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 81.



de cumprimento das metas e das diretrizes do Protocolo de Cartagena, seguindo o disposto no artigo 16, inciso 2<sup>15</sup>.

### 5.3 Legislação Brasileira

A normatização da biossegurança no Brasil ocorreu em um momento posterior à dos países desenvolvidos. Foi influenciada por parâmetros utilizados por legislações alienígenas e, em especial, pelo Protocolo de Cartagena. Esses aspectos são observados tanto na Constituição Federal de 1988 quanto nas primeiras normas, quais sejam: Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e Decreto nº 1.752, de 20 de dezembro de 1995; e, posteriormente, Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, e Decreto nº 5.591, de 22 de novembro de 2005.

Objetiva-se, neste item, analisar o tratamento dado à biossegurança no Brasil, por meio desses instrumentos legislativos citados. Serão destacados os aspectos inovadores das leis, bem como as deficiências que necessitam ser sanadas. Esse estudo é fundamental para reunir subsídios suficientes para a análise da efetividade dessas leis, ou seja, se as leis estão sendo aplicadas de acordo com os objetivos pretendidos no contexto internacional e interno.

#### 5.3.1 A gênese da biossegurança no contexto nacional

O reconhecimento oficial da biossegurança no Brasil ocorreu quando o país participou de um programa de treinamento oferecido pela Organização Mundial da Saúde, com o objetivo de expandir a biossegurança na América Latina<sup>16</sup>. Como resultado do treinamento, em 1985, a Fundação Oswaldo Cruz ofereceu o primeiro curso de biossegurança para o setor de saúde.

A Constituição Federal de 1988 traz, em seu artigo 225, previsões a respeito do tema, considerando a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado um direito de todos, impondo-se ao poder público e a toda a coletividade o dever de defesa e de preservação do meio ambiente. Os incisos II, IV e V desse artigo constitucional estabelecem diretrizes para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente equilibrado. Devem ser considerados: a preservação da diversidade e da integridade do

<sup>15</sup> “Artículo 16 [...] 2. Se impondrán medidas basadas em la evaluación del riesgo en la medida necesaria para evitar efectos adversos de los organismos vivos modificados en la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, en el territorio de la Parte de importación”.

<sup>16</sup> CARDOSO, T.A.O.; NAVARRO, M.B.M. Albuquerque; SOARES, B.E.C.; SILVA, F.H. Lima e; ROCHA, S.S; ODA, L.M. *Memories of Biosafety in Brazil: Lessons to be Learned*. Disponível em: <<http://www.anbio.org.br/upmr/cardoso--brazilmemories.pdf>>.

patrimônio genético, com a devida fiscalização das entidades que promovam atividades de manipulação de material genético; a exigência de estudos de impacto ambiental para instalações e obras ou atividades que possam causar danos ao meio ambiente; o controle da produção, comercialização e emprego de métodos que gerem riscos para a vida, para a saúde e para o meio ambiente.

O art. 24, nos incisos VI e VIII da Constituição Federal, dispõe que é competência concorrente da União e dos Estados legislar sobre proteção ao meio ambiente. Desse modo, cabe à União fixar normas gerais, o que não exclui a competência suplementar dos Estados de legislar sobre a matéria. Além disso, inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão competência legislativa plena. Entretanto, a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual no que lhe for contrário.

Para a regulamentação desses dispositivos, no que envolve os organismos geneticamente modificados, em 1995, foram implementados a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e o Decreto nº 1.752, de 20 de dezembro de 1995, este regulamentando a Lei citada quanto às competências e à composição da Comissão Técnica de Biossegurança – CTNBio.

Em 2005, foram publicados a Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, que revogou a Lei nº 8.974/95, e o Decreto nº 5.591, de 22 de novembro de 2005, que regulamenta dispositivos da referida Lei.

Por meio da Portaria nº 146, de 6 de março de 2006, foi publicado o Regimento Interno da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, que estabelece as competências da Comissão e regulamenta dispositivos da Lei nº 11.105/2005 e do Decreto nº 5.591/2005.

Nesse contexto, a partir de 1985, a biossegurança passou a ter maior relevância no âmbito interno, em virtude da necessidade de o Brasil tanto cumprir com seus compromissos internacionais, como regulamentar, no país, o tratamento dos OVM. Além disso, o tema tornou-se estratégico para o Brasil em sua produção científica, apesar dos exíguos investimentos na área.

### **5.3.2 Lei nº. 8.974/95 e Decreto nº. 1.752/95**

A Lei nº 8.974/95 representa a criação do Sistema Nacional da Biossegurança, pois, antes dela, existia normatização apenas para os agrotóxicos e componentes afins pela Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989 e legislação sanitária. A Lei destacava o

fomento das atividades de biotecnologia, bem como a segurança jurídica necessária para a tutela da vida, da saúde pública e do meio ambiente.

Entre seus aspectos inovadores e positivos podem ser destacados: a) a definição da atividade de engenharia genética e de conceitos operacionais utilizados pela lei; b) a responsabilização objetiva das entidades pelos danos provocados a terceiros ou ao meio ambiente; c) a instituição da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) para a elaboração de pareceres técnicos; d) a previsão da criação de Comissão Interna de Biossegurança (CIBio) por todas as entidades que façam pesquisa com técnicas de engenharia genética; e) a incumbência aos Ministérios da Agricultura e Abastecimento, da Saúde e do Meio Ambiente da fiscalização e monitoramento das atividades e projetos relacionados aos Organismos Geneticamente Modificados – OGM; f) a descrição das penalidades a serem aplicadas no descumprimento de obrigações pelas entidades.

Os aspectos negativos pela omissão, ambigüidade ou inadequação podem ser elencados como: a) a lei cuida apenas de OGM, sendo que poderia ter tratado da importação ou do movimento de uma região para outra de organismos que possam criar dano aos bens jurídicos tutelados<sup>17</sup>; b) nem todos os conceitos utilizados na lei são definidos em sua estrutura, o que pode gerar controvérsias; c) há necessidade de definições mais específicas das competências da CTNBio, em função das divergências com outros órgãos do Poder Executivo tais como ANVISA; d) a aplicação da Lei de Agrotóxicos, em algumas circunstâncias, implica a necessidade de registrar alguns OVM como agrotóxico, ao mesmo tempo em que são vendidos como alimento à população; e) apresenta conflito com a Lei nº 6.938/91, no que diz respeito a qualquer introdução de espécie geneticamente modificada constituir uma atividade potencialmente poluidora; f) observa-se a insurgência de novas questões que carecem de regulamentação como as células-tronco.

O Decreto nº 1.752/95 regulamenta a Lei nº 8.974/95 ao dispor sobre a vinculação, competência e composição da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio.

A CTNBio ficou, com o Decreto, vinculada à Secretaria Executiva do Ministério da Ciência e Tecnologia, possuindo ampla competência para acompanhar o desenvolvimento da biossegurança, propor a Política Nacional de Biossegurança e emitir parecer técnico conclusivo sobre produtos contendo OGM ou derivados.

17 VARELLA, Marcelo Dias; FONTE, Eliana; ROCHA, Fernando Galvão. *Biossegurança & Biodiversidade* – contexto científico e regulamentar. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 104.

De acordo com informações da ANBio<sup>18</sup>, esse sistema implantado em 1996, que durou até março de 2005, vinculou-se, de modo efetivo, com a análise de centenas de projetos em laboratórios, casas de vegetação, com destinação para uso comercial, variedade de soja geneticamente modificada, variedades de milho. Ademais, nenhum caso de dano ao meio ambiente e ou à saúde humana foi detectado, o que demonstra a tecnicidade e o acerto na utilização do critério de análise caso a caso.

### 5.3.3 Lei nº. 11.105/2005 e Decreto nº. 5.591/2005

No final de 2003, foi enviado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei para reformulação do sistema nacional de biossegurança em engenharia genética. Em 24 de março de 2005, após diversas discussões no Congresso Nacional, foi publicada a Lei nº 11.105, que revogou a Lei nº 8.974/95 e trouxe novidades ao sistema implantado.

Podem ser citadas as seguintes inovações entre os artigos 1º e 20 da Lei: a) definição, no art. 1º, § 1º e § 2º, de atividade de pesquisa e de uso comercial de OGM; b) definição de derivado de OGM (art. 3º, III); c) acréscimo das proibições do art. 6º, incisos VI, VII e parágrafo único; d) atribuição à CTNBio, comissão integrante do Ministério da Ciência e Tecnologia, para avaliar e autorizar a realização de pesquisas, como instância colegiada multidisciplinar de caráter consultivo e deliberativo (art. 10); e) regulamentação da utilização das células-tronco para pesquisa (art. 5º); f) criação do Sistema de Informações em Biossegurança – SIB para gerir as informações decorrentes das atividades que envolvam OGM (art. 19); g) inserção do Capítulo VII para tratar da responsabilidade solidária e objetiva pela reparação dos danos, tanto civil como administrativa, com a cominação de sanções (art. 20).

Entre os artigos 20 e 30, as novidades importantes são: a) competência dos órgãos de registro e de fiscalização para definir critérios, valores e aplicar multas para as infrações, o que antes era competência da CTNBio (art. 22); b) cominação de penalidade para a realização de clonagem humana (art. 26); c) aumento do tempo de algumas penalidades com relação às descritas na Lei nº 8.974/95 (arts. 24, 25, 27); d) possibilidade de agravamento da pena em razão das circunstâncias elencadas no § 2º do art. 27; e) tipificação de novas infrações (arts. 28 e 29).

Do art. 30 até o final da Lei, são inovadoras as seguintes disposições: a) afastamento da aplicação da Lei de Agrotóxicos, com exceção dos casos em que sejam desenvolvidos para servir de matéria-prima à produção de agrotóxicos, o que reduziu a exigência de procedimentos desnecessários para a realização de pesquisa

<sup>18</sup> MINARÉ, Reginaldo. *Decreto nº 5.591, de 22 de novembro de 2005*: pouco a comemorar. Disponível em: <<http://www.mrweb.com.br/clientes/anbiodestaque/geral2.asp?cod=498>>.

com OGM, tal como o Registro Especial Temporário – RET (art. 39); b) vinculação da necessidade do licenciamento ambiental à determinação da CTNBio nos casos de risco, e não à consideração de que toda espécie geneticamente modificada constitui atividade potencialmente poluidora; c) competência da CTNBio para identificar atividades prejudiciais à saúde humana, enquanto a ANVISA fica com a competência para regulamentar, controlar e fiscalizar a atividade ou o produto identificado pela CTNBio como prejudicial; d) disposição no art. 40 de que alimentos e ingredientes alimentares produzidos a partir de ou que contenham OGM devem apresentar informação nos seus rótulos, conforme regulamento.

A Lei nº 11.105/2005 foi regulamentada pelo Decreto nº 5.591, de 22 de novembro de 2005. Entre as novidades, podem ser citadas: a) acréscimo de algumas definições no art. 3º tais como fertilização *in vitro*, embriões inviáveis, embriões congelados disponíveis, dentre outros (art. 3º, incisos X, XIII, XIV, XV, XVI, XVII);

b) disposição de que novos conhecimentos científicos podem ensejar pedido de nova decisão a respeito de biossegurança de OGM e derivados, o que demonstra amplitude na margem de evolução típica desse ramo de atividade (art. 5º, parágrafo único);

c) regulamentação de métodos para a escolha de especialistas descritos no art. 6º do Decreto (arts. 7º, 8º, 9º, 10, art. 12, parágrafo único); d) regulamentação das células-tronco; e) adequação às razões do veto do art. 11, § 8º, da Lei 11.105/2005, estabelecendo, para as decisões da CTNBio de liberação comercial, quorum mais restritivo de 2/3 dos membros e, para outras decisões, quorum de maioria absoluta;

f) regulamentação do art. 12 da Lei para estabelecer o procedimento de tramitação de processos, entre outros procedimentos; g) regulamentação do art. 14, inciso IV, quanto às regras gerais para a classificação de riscos (art. 44); h) regulamentação das infrações administrativas (art. 69).

Assim, há destaque para: o aumento da preocupação em descrever as definições das questões técnicas suscitadas na lei, para diminuir as dificuldades de profissionais que não tenham contato com esses termos; a redução dos entraves administrativos com a concentração das aprovações técnicas na CTNBio; a contemplação de um eficiente manejo de riscos, o que garante maior segurança tanto para a sociedade como para o meio ambiente; a flexibilidade nas legislações para que as inovações tecnológicas possam ser abarcadas pela legislação, a exemplo do tratamento das células-tronco; a maior fiscalização das atividades de alto risco, com sanções cominadas; e a criação de um Sistema de Informações que dá ao sistema maior publicidade.

## 5.4 A eficácia e a efetividade da legislação brasileira

A estrutura da norma jurídica abrange a sua existência, vigência, validade e eficácia. Após a análise desses planos, é importante observar a sua aplicabilidade social, ou seja, a aceitação e o cumprimento pela sociedade<sup>19</sup>. Os elementos que podem medir a aplicabilidade de uma norma são: a objetividade e a clareza do texto da norma; a coercitividade; a viabilidade econômica; a subsunção a princípios. A partir da constatação desses elementos, uma norma pode ser considerada dotada de efetividade ou não.

A existência está ligada à seleção de fatos que tenham relevância para o Direito, tomando por base o valor que esse fato tenha para a sociedade. O fato passa a fazer parte do mundo jurídico em razão da incidência da norma. Esta, para existir, depende, ainda, de alguns requisitos que podem ser essenciais ou específicos. Os essenciais, de acordo com o art. 104 do Código Civil são: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei<sup>20</sup>.

A vigência está relacionada com requisitos formais que tornam a norma exigível. Em alguns casos, é necessário o preenchimento de um lapso temporal para que a norma tenha caráter impositivo. Cumprido o requisito, ela se torna vigente. Portanto, a vigência da norma pode ser ou não simultânea à sua existência.

A validade da norma ocorre quando ela está em conformidade com as regras e com os princípios do Direito. Dessa forma, o ordenamento jurídico representa o parâmetro para a validade da norma, tendo como base a Constituição, por ser a lei suprema.

A eficácia é a possibilidade de produção de efeitos jurídicos, com a obtenção de resultados junto à sociedade. Trata-se de condição, de estado potencial para a aplicabilidade futura da norma. Possui dois sentidos possíveis: a eficácia jurídica, que é o potencial que a norma tem de produzir efeitos jurídicos na sociedade; a eficácia social, que é a aceitação e o cumprimento da norma pela sociedade.

A eficácia social conduz à idéia de efetividade. Quando há a concretização dos preceitos normativos à realidade social, ou seja, a sociedade absorve e aceita a aplicação da norma, ocorre o fenômeno da efetividade<sup>21</sup>. Nesse sentido, o comportamento social é moldado pelos parâmetros da norma.

19 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 112.

20 LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. *A efetividade do direito internacional ambiental – o caso da CITES*. Brasília, 2005. p. 2.

21 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 112.



A norma, para ser cumprida e, assim, efetiva, necessita de alguns elementos como: coercitividade; objetividade e clareza dos textos; viabilidade econômica; consenso científico; atores envolvidos na elaboração das normas; participação da sociedade. Cada sistema jurídico possui princípios específicos que determinam os requisitos necessários para a efetividade do sistema. Como exemplo, as normas penais dependem de um alto grau de coercibilidade, enquanto que as constitucionais dependem de um grau menor<sup>22</sup>.

No caso do Direito internacional ambiental, a efetividade pode ser medida pelo cumprimento integral dos Tratados, normas, regulamentos, por parte dos Estados signatários. A dificuldade de se alcançar a efetividade na aplicação desses instrumentos decorre da diversidade de objetivos, valores, interesses e necessidades dos países. Desse modo, o consenso é muito difícil de ser alcançado<sup>23</sup>.

Para que os tratados sejam efetivos, eles devem ser razoáveis, ou seja, sua execução e cumprimento devem ser factíveis. Além disso, eles devem estar em consonância tanto com os valores internacionais, quanto com a realidade do país signatário. Acrescenta-se a importância de serem claros e objetivos e de possuírem mecanismos de coerção dos Estados para o devido cumprimento.

Importante destacar que a efetividade do Tratado é observada na forma de realização do Tratado em si e no momento posterior de adequação dos Estados ao cumprimento das metas e das regras por ele impostas<sup>24</sup>.

No caso das normas de biossegurança, seus objetivos são específicos e, portanto, possuem mecanismos e fatores próprios que merecem uma detalhada abordagem.

#### 5.4.1 Objetivos e mecanismos para a biossegurança

Um dos aspectos mais relevantes da análise da eficácia e da efetividade de um sistema jurídico é observar se os seus objetivos estão condizentes com a realidade na qual ele vai ser aplicado. Caso exista consonância entre os objetivos e a realidade, há maior probabilidade de eles produzirem efeitos jurídicos (eficácia) e de serem aceitos e cumpridos pela sociedade (efetividade).

22 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2001. p. 85.

23 CALSING, Renata de Assis. *Possibilidades e limites da efetividade do direito internacional ambiental: uma análise das CITES, Convenção da Basiléia e Protocolo de Quioto*. Dissertação de Mestrado. Brasília, 2005.

24 IMPERIALI, Claude (éd). *L'effectivité du droit international de l'environnement – controle de la mise en oeuvre des conventions internationales*. Centre d'Études et de Recherches Internationales et Communautaires Université d'Aix-Marseille III: Economica, 1998. p. 7.



As convenções internacionais e as legislações de países mais avançados são marcos teóricos que servem de referência para a análise da aplicabilidade de um sistema. Entretanto, devem ser analisados com cautela para que não representem apenas uma “colcha de retalhos” incompatível com os aspectos culturais e sociais de uma sociedade.

Para que as normas de biossegurança equilibrem a relação entre risco e desenvolvimento tecnológico, algumas posições devem ser tomadas por cada país quanto às seguintes questões:

a) intervenção de órgãos do governo, no âmbito da segurança biológica, focada no risco do produto em si ou em suas técnicas de produção. A primeira forma é fundamentada na análise do produto final e independe do processo tecnológico de produção. Assim, o produto é sempre avaliado com o mesmo rigor, independentemente da tecnologia utilizada, não incorporando o princípio da precaução para os organismos geneticamente modificados. A segunda forma de intervenção tem por base o princípio da precaução e analisa a tecnologia de produção, admitindo-se a existência de riscos na técnica do DNA recombinante e, portanto, deve ser feita uma análise em cada caso;

b) existência de um eficiente manejo de riscos, ou seja, de um processo de tomada de decisões pautado em valores que comparem riscos e benefícios que determinem o sistema de controle. Trata-se de encontrar um caminho seguro para se alcançar o mínimo de risco, tendo em vista que não existe risco zero;

c) quantidade de órgãos envolvidos, para que haja dinamicidade e eficiência no sistema. Quanto mais órgãos participarem das decisões, mais burocrático torna-se o sistema de obtenção de certificação e de aprovação de projetos, e mais demorados são os benefícios para a sociedade;

d) existência de uma agência que regule e organize a estrutura e as decisões referentes ao tema. Esse é um aspecto importante que permite a uniformização de decisões a respeito do tema;

e) incentivos ao avanço tecnológico, com aplicações comerciais e cooperações internacionais das técnicas de biotecnologia. Para tanto, é preciso investir em recursos humanos, para inserir pessoas qualificadas em atividades de biotecnologia e de biossegurança, e no desenvolvimento de pesquisas na temática de manejo de riscos, com a existência de intercâmbios científicos;

f) flexibilidade nas legislações para que as inovações tecnológicas possam ser enquadradas por procedimentos regulamentares ou regulatórios. Nesse sentido, a própria lei deve dar uma margem de discricionariedade para a análise de novos projetos

em biotecnologia, sem a tipificação dos procedimentos técnicos permitidos;

g) fiscalização rigorosa das atividades de alto risco e normas técnicas estabelecidas com sanções efetivas, pois não há como fiscalizar sem punir. Desse modo, é importante existirem condutas tipificadas como ilícitas com a imputação de penalidades para que exista tanto o efeito preventivo como o sancionatório;

h) política de audiências públicas para consultar a opinião da população a respeito da aceitabilidade das novas tecnologias a serem implantadas. Essa política deve ser realizada como meio de divulgação à sociedade dos reais benefícios que a biotecnologia pode proporcionar;

i) tratamento da responsabilidade pelos movimentos transfronteiriços de produtos submetidos às técnicas de biotecnologia.

Assim, a eficácia e a efetividade desse sistema estão atreladas, principalmente, à utilização de métodos confiáveis que garantam uma aceitação pública. Esta depende de vários fatores sociais, culturais, econômicos, educacionais e religiosos<sup>25</sup>. Portanto, as normas de biossegurança devem-se desenvolver de modo peculiar e adstrito à realidade de cada país.

#### 5.4.2 Aplicação dos mecanismos no Brasil.

Para o país se adequar aos paradigmas internacionais e aos modelos mais efetivos, tendo em vista tratar-se de um país em desenvolvimento, com tecnologia incipiente, as diretrizes mais oportunas e convenientes a serem tomadas são:

a) aplicação do método de observância das características do produto, e não da tecnologia de produção. A apreciação deve-se restringir aos protocolos e aos projetos de transferência de tecnologia que apresentem riscos substanciais, em função de não haver recursos financeiros suficientes para atender a todas as questões<sup>26</sup>. Além disso, é um modo de evitar restrições inócuas para as inovações tecnológicas;

b) eficiente procedimento de manejo de riscos decorrente de avaliações técnicas, sociais, econômicas e políticas, em consonância com a opinião pública<sup>27</sup>;

25 BINSFELD, Pedro Canisio (org.). *Biossegurança em biotecnologia*. Rio de Janeiro: Interciência, 2004. p. 19.

26 SANT'ANA, André. *Biossegurança no Brasil: a necessidade de uma política consistente*. In: TEIXEIRA, Pedro; VALLE, Silvio Valle (orgs.). *Biossegurança: uma abordagem multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1996. p. 35.

27 FONTES, Eliana; SANTOS, Isabel K. S. de Miranda; GAMA, Maria I. C. *A Biossegurança de plantas cultivadas transgênicas*, p. 316. In: TEIXEIRA, Pedro; VALLE, Silvio Valle (orgs.). *Biossegurança: uma abordagem multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1996.

c) manejo de riscos envolvendo ações apropriadas para pesquisa em laboratório, testes de campo, comercialização e exportação, de acordo com o risco que um OGM possa promover no meio ambiente e com a utilização pretendida, seja em confinamento ou liberação;

d) mecanismos de manejo de riscos incluindo, basicamente<sup>28</sup>: (a) submissão de uma proposta solicitando permissão para transferência, manipulação ou uso de OGM, acompanhada de avaliação de riscos, usos pretendidos, normas específicas e procedimentos a serem seguidos; (b) análise da proposta pela autoridade competente; (c) autorização ou denegação do pedido; e (d) relatório realizado pelo solicitante quanto ao andamento, monitoramento e conclusão do projeto, com a possibilidade de inspeção do local por autoridades competentes;

e) responsabilização dos agentes pelos movimentos transfronteiriços dos produtos provenientes da biotecnologia.

### 5.4.3 A Eficácia da legislação brasileira

Na análise da eficácia da Legislação Brasileira, ou seja, da produção de efeitos jurídicos, observa-se que há metas veiculadas no Protocolo de Cartagena que foram cumpridas pela legislação nacional, há algumas que não foram cumpridas e há previsões que vão além do disposto no Protocolo.

Entre as metas que foram cumpridas pela legislação nacional, pode ser citado o aumento da preocupação em descrever as definições das questões técnicas suscitadas nas Leis. Observa-se que, desde a Lei nº 8.974/95 até o Decreto nº 5.591/2005, há o acréscimo de diversas definições que diminuem as controvérsias ocasionadas, possivelmente, pela falta de unidade conceitual. Trata-se de um aspecto importante, porque possibilita maior compreensão do tema para pessoas que desconhecem os termos técnicos.

Ademais, a concentração de análises e de decisões técnicas em apenas um Órgão, a CTNBio, posiciona o sistema brasileiro como parâmetro de adequação ao Protocolo de Cartagena (art. 19). Desse modo, há redução dos entraves administrativos, e possibilita-se a existência de procedimentos semelhantes para tratar do mesmo tema, o que garante a dinamicidade e a eficiência do sistema.

<sup>28</sup> FONTES, Eliana; SANTOS, Isabel K. S. de Miranda; GAMA, Maria I. C. *A Biossegurança de plantas cultivadas transgênicas*. In: TEIXEIRA, Pedro; VALLE, Silvio Valle (orgs.). *Biossegurança: uma abordagem multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1996. p. 316.

Em função da organização e centralização do sistema, há a contemplação de um eficiente manejo de riscos, em consonância com os padrões internacionais, com um processo de tomada de decisões pautado em valores que comparam riscos e benefícios. Todas as etapas elencadas no subitem “d” do item 3.2 do referido artigo estão presentes na legislação brasileira.

Foi criado, ainda, o Sistema de Informações no âmbito interno, para os países importadores e para a comunidade internacional, quanto ao uso e comercialização de OVM.

Há o cumprimento do art. 24 do Protocolo, com a responsabilização dos agentes que atuam com OGM, no art. 20 da Lei nº 11.105/2005. Trata-se de dispositivo importante que a regula como responsabilidade objetiva, haja vista ser atividade de risco em que os atores devem comprometer-se com as possíveis conseqüências de suas ações.

Os aspectos nos quais a legislação nacional foi além do Protocolo são referentes à flexibilidade das leis para que as inovações tecnológicas estejam abarcadas e possam ser adotadas nas decisões da CTNBio e, ainda, enquadradas por procedimentos regulamentares ou regulatórios. Essa disposição encontra-se, por exemplo, no parágrafo único do art. 5º do Decreto nº 5.591/2005<sup>29</sup>.

Entre as inovações, pode ser citada a regulamentação das células-tronco, tema atual que necessitava de normatização séria e efetiva. Há, ainda, disposições quanto à proibição de clonagem humana com a imposição de penalidades.

Ademais, a legislação nacional comina sanções para os casos de infrações, principalmente, nos casos de atividades de alto risco. Observa-se que, da Lei nº 8.974/95 para a Lei nº 11.105/2005, há aplicação de penalidades mais rígidas com tipificação de circunstâncias que agravam a pena. A própria exigência de Comissões Internas de Biossegurança caracteriza parte do sistema de punição por ser medida preventiva de possíveis riscos ao meio ambiente e à saúde humana.

Outro aspecto que vai além das metas do Protocolo é o estabelecimento de um quorum de 2/3 para a CTNBio aprovar pedido de liberação comercial de OGM, sendo que, antes do veto do Presidente do § 8º do art. 11 da Lei 11.105/2005, era exigida a maioria absoluta dos membros, método este mais condizente com a prática em órgãos colegiados que nem sempre contam com a totalidade de seus membros. Trata-se de postura restritiva ao desenvolvimento de técnicas em biotecnologia, indo além das

<sup>29</sup> “Art. 5º[...] Parágrafo único. A reavaliação de que trata o inciso XXI deste artigo será solicitada ao Presidente da CTNBio, em petição que conterá o nome e qualificação do solicitante, o fundamento instruído com descrição dos fatos ou relato dos conhecimentos científicos novos que a ensejem e o pedido de nova decisão a respeito da biossegurança de OGM e seus derivados a que se refiram”.

metas do Protocolo. Este se refere apenas a uma avaliação técnica, enquanto a lei nacional conjuga a avaliação técnica à política.

As metas que não foram internalizadas no Brasil foram, principalmente, a participação da opinião pública nos procedimentos do sistema brasileiro de biossegurança. Trata-se de uma questão a ser observada na condição de tema que envolve direitos difusos como consumo e meio ambiente.

Cabe destacar, ainda, a inexistência de regulamentações para as cooperações internacionais das técnicas de biotecnologia, as quais devem ser incentivadas, pois, cada vez mais, há interesse tanto brasileiro como externo de relações bilaterais e multilaterais nesse âmbito. Não foi regulamentada, também, a questão da rotulagem, que merece tratamento minucioso, pois garante à população a publicidade e o conhecimento prévio da utilização de organismos modificados.

Outro aspecto importante não abordado nas legislações é o movimento dos OGM tanto no território nacional como no internacional. Esse assunto é de grande relevância e necessidade prática, em função da transferência de tecnologia.

Nesse contexto, observa-se ter havido adequação de diversos dispositivos internos aos padrões internacionais, com a internalização das metas e dos objetivos pretendidos pelo Protocolo de Cartagena, com exceção de algumas questões que ainda requerem maior atenção, concluindo-se que a legislação nacional é eficaz.

#### **5.4.4 A Efetividade na legislação brasileira**

A efetividade de uma norma está, diretamente, ligada à aceitação da população e, portanto, ao seu cumprimento. Cada sistema jurídico possui fatores específicos para a análise dessa efetividade. No caso da biossegurança, alguns critérios são fundamentais para se observar a efetividade, como fatores sociais, econômicos, principiológicos e governamentais. Cabe destacar que, para os tratados serem efetivos, é necessário haver o cumprimento, por parte dos Estados, das metas e das regras veiculadas por meio das Convenções e, ainda, estar esse cumprimento em consonância com a realidade do país signatário.

Quanto ao fator social, três questões são importantes: se há uma aceitação popular aos organismos modificados; se há divulgação dos benefícios e malefícios causados pela biotecnologia e, especificamente, para a biossegurança, se há capacitação de recursos humanos para atuar nessa área.

Com relação à aceitação popular e à divulgação dos benefícios e dos malefícios da biotecnologia, observa-se que não há divulgação razoável, pelos meios de comunicação, que informe o consumidor sobre a aplicação da biotecnologia. Dessa forma, as pessoas não se preocupam, ainda, com a existência ou não de organismos modificados, existindo uma aceitação tácita à utilização desses produtos.

A aceitabilidade da população está diretamente ligada ao real benefício que a tecnologia pode trazer para o dia-a-dia. Entre os benefícios obtidos, em função do cultivo das plantas transgênicas, podem ser mencionados: crescimento da produtividade agrícola, que contribui para a produção de alimentos; conservação da biodiversidade, em função da redução da necessidade de expansão da área agrícola pelo desmatamento; diminuição do uso de pesticidas e insumos, o que contribui para a sustentabilidade do meio ambiente; menor vulnerabilidade dos cultivos aos agentes bióticos e abióticos como a seca; aumento da variabilidade genética de organismos vivos e favorecimento aos pequenos produtores e à sociedade em geral<sup>30</sup>.

Esse argumento pauta-se pela aceitabilidade da sociedade brasileira ao risco e pela melhor eficiência das técnicas para a mensuração do risco. Esta é obtida em função do somatório de possibilidades diante de um cenário de resultados científicos obtidos<sup>31</sup>. Com o constante aumento dos resultados científicos positivos, há a diminuição dos riscos. Portanto, com essa diminuição, a aceitação tende a aumentar.

Ademais, cabe ressaltar que o risco dos prejuízos que podem ser causados por OGM é equivalente à utilização indiscriminada de herbicidas e inseticidas. De uma forma geral, culturas plantadas de modo convencional necessitam de quantidades maiores de produtos químicos do que os transgênicos. Um exemplo é a beterraba tolerante a herbicida que, além de gerar economia com herbicidas (80%), possibilita o controle de insetos pragas, em razão da eliminação de plantas hospedeiras, decorrente do aparecimento de insetos predadores benéficos<sup>32</sup>.

Portanto, quanto à biotecnologia, observa-se que há grande utilidade para as pessoas. A biossegurança é fundamental nesse processo, pois a sua atuação na diminuição dos riscos aumenta a credibilidade das pessoas no sistema.

Quanto à capacitação humana em biossegurança, não há efetividade. Não há fiscais especializados nessa função, apesar de existir muita gente habilitada para atuar na área de biotecnologia. Assim, a falta de pessoas preparadas para a fiscalização traz uma insegurança ao sistema.

30 BINSFELD, Pedro Canisio (org.). *Biossegurança em biotecnologia*. Rio de Janeiro: Interciência, 2004. p. 224.

31 BINSFELD, Pedro Canisio (org.). *Biossegurança em biotecnologia*. Rio de Janeiro: Interciência, 2004. p. 8.

32 BINSFELD, Pedro Canisio (org.). *Biossegurança em biotecnologia*. Rio de Janeiro: Interciência, 2004. p. 244.

Conclui-se, portanto, que, mormente haja um preparo humano e social para a atuação em biotecnologia, não se pode concluir isso quanto à biossegurança, o que demonstra a falta de efetividade.

Com relação ao fator econômico, ao ser analisada a Estratégia Nacional em Biotecnologia, há destaque para o investimento apenas em biotecnologia, enquanto, para a biossegurança, sequer há referência ao seu desenvolvimento. Portanto, pode-se concluir que não há efetividade acerca desse fator.

Analisando-se a atuação do governo quanto ao sistema de informações implantado, há um bom sistema interno e externo, sendo este último realizado pelo Ministério das Relações Exteriores. Nesse aspecto, há efetividade. Entretanto, a atuação governamental não se fundamenta na participação popular, como no caso das audiências públicas, o que impede a participação de todos os interessados diante de um assunto que envolve diretamente a população. É importante destacar, também, que a CTNBio é formada por representantes do Poder Executivo de diversas áreas, tais como meio ambiente, agricultura, saúde, o que diminui as controvérsias de competência.

No que tange aos princípios, é importante uma análise da efetividade do princípio da precaução. Diante do cenário nacional, infere-se que, juridicamente, o princípio é aplicado, com decisões judiciais que o suscitam e empregam. Entrementes, o poder executivo não o aplica, existindo medidas de fiscais que o contrariam.

Dessa forma, sendo o Brasil um país detentor de grande biodiversidade, não pode ficar alheio a essas tecnologias nem as dificultar com extremo rigor. Deve-se ater à análise do impacto do produto geneticamente modificado tanto para o meio ambiente como para o consumo humano. Ademais, o país deve construir sua independência diante dos oligopólios em biotecnologia.



## 5.5 Conclusão

### Eficaz mas não efetivo

A biotecnologia é um método amplamente difundido nas técnicas de manejo nos diversos campos da economia. Sua relevância nos países em desenvolvimento é grande diante das mazelas sociais como a fome. Entretanto, seu desenvolvimento deve ser comedido por uma regulamentação precisa e objetiva dos procedimentos necessários para a atuação dos agentes envolvidos.

Para tanto, essas normas têm de ter parâmetros internacionais e, ainda, ser aplicáveis à realidade e ao contexto social do país implementador das políticas de biossegurança.

A base teórica é concentrada tanto pela Convenção sobre Biodiversidade como pelo Protocolo de Cartagena. No Brasil, as atuais normas que regulamentam o sistema são a Lei nº 11.105/2005 e o Decreto nº 5591/2005. Portanto, as duas são recentes e trazem novidades e, ao mesmo tempo, omissões importantes para a efetividade do sistema.

Diante dos aspectos positivos e negativos, pode-se concluir que o sistema evoluiu, tem aplicado as diretrizes internacionais e possui um processo de manejo de riscos suficiente para identificar as práticas lesivas tanto à saúde humana quanto ao meio ambiente.

No entanto, o sistema está restringido por uma política que considera o organismo geneticamente modificado, por si só, um risco que deve ser submetido a um processo diferenciado. Enquanto existir esse entendimento, o sistema será técnico, demandará muito recurso financeiro e distanciará a população das discussões técnicas. Ademais, o fomento ao desenvolvimento de novas técnicas de biotecnologia fica limitado, pois a aprovação de novos projetos desenvolvimentistas requer um processo burocrático e rígido.

Há, porém, como flexibilizar o processo de manejo de riscos sem prejudicar a segurança do consumidor e do meio ambiente. Para tanto, a perspectiva tem de ser mais inovadora e integrada ao contexto internacional. Não há motivos para o Brasil adotar uma postura restritiva, enquanto as certezas científicas caminham para soluções confiáveis e seguras.

Portanto, há efetividade na aplicação das leis brasileiras, mas os aspectos negativos elencados no artigo podem obstaculizar a evolução do Sistema de

Biossegurança e impedir saltos mais largos no desenvolvimento científico e nas soluções para os problemas sociais.

O processo de desenvolvimento do sistema de biossegurança, no Brasil, contém, também, políticas que, de acordo com os padrões e modelos internacionais, podem estar em desconformidade.

O modelo mais viável para o Brasil, por ser país em desenvolvimento e por dispor de pouco recurso para aplicar no sistema de biossegurança, é a intervenção de órgãos do governo focada no risco do produto em si, e não nas técnicas de produção, ou seja, o modelo utilizado pelos Estados Unidos e Canadá.

As técnicas legislativas devem adequar-se a procedimentos mais objetivos que facilitem os aplicadores da lei. A técnica utilizada no Decreto nº 5.591/2005 é exaustiva e repete diversos dispositivos da Lei 11.105/05, o que é desnecessário e prejudica a separação do que é norma geral e do que é norma específica regulamentar.

Desse modo, constata-se que há, ainda, um longo caminho a ser percorrido, com questões insurgentes que necessitam de regulamentação ou com assuntos a serem tratados, de modo mais efetivo, pela sistemática de biossegurança brasileira.

## 5.6 Referências

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2001.

BELLIVIER, Florence. *Os Contratos sobre os recursos genéticos vegetais: tipologia e eficácia*. In: BARROS-PLATIAU, Ana Flávia; VARELLA, Marcelo Dias (Orgs.). *Diversidade Biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BINSFELD, Pedro Canisio (Org.). *Biossegurança em biotecnologia*. Rio de Janeiro: Interciência, 2004.

BONNY, Sylvie. *Por que a maioria dos europeus se opõe aos organismos geneticamente modificados? Fatores desta rejeição na França e na Europa*. In: VARELLA, Marcelo Dias; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia (Orgs.). *Organismos Geneticamente Modificados*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CARDOSO, T.A.O; NAVARRO, M.B.M. Albuquerque; . SOARES, B.E.C; SILVA, F.H. Lima e; ROCHA, S.S; ODA, L.M. *Memories of Biosafety in Brazil: Lessons to be Learned*. Disponível em: <<http://www.anbio.org.br/upmr/cardoso--brazilmemories.pdf>>.

CALSING, Renata de Assis. *Possibilidades e Limites da Efetividade do Direito Internacional Ambiental: Uma Análise das CITES, Convenção da Basiléia e Protocolo de Quioto*. Brasília, 2005.

FONTES, Eliana; SANTOS, Isabel K. S. de Miranda; GAMA, Maria I. C. *A Biossegurança de plantas cultivadas transgênicas*. In: TEIXEIRA, Pedro; VALLE, Silvio Valle (Orgs.). *Biossegurança: Uma abordagem multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1996.

IMPERIALI, Claude (éd). *L'effectivité du droit international de l'environnement – controle de la mise en ouvre des conventions internationales*. Centre d'Études et de Recherches Internationales et Communautaires Université d'Aix-Marseille III : Economica, 1998.

KASPERSON, Jeanne X; KASPERSON, Roger E. *Global Environmental Risk*. New York: United Nations University, 2001.

KISS, Alexandre; BEURIER, Jean-Pierre. *Droit international de l'environnement*. Paris, Pedone, 2000.

LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. *A efetividade do direito internacional ambiental – O caso da CITES*. Brasília, 2005, p. 2.

MINARÉ, Reginaldo. *Decreto nº 5.591, de 22 de novembro de 2005: pouco a comemorar*. Disponível em: <<http://www.mrweb.com.br/clientes/anbiodestaque/geral2.asp?cod=498>>.

ODA, Leila. *Protocolo de Biossegurança: o equilíbrio entre desenvolvimento e conservação*. Disponível em: <<http://www.mrweb.com.br/clientes/anbiodestaque/geral2.asp?cod=511>>.

ODA, Leila Macedo. *Proposta da Associação Nacional de Biossegurança ao Novo Projeto de Lei de Biossegurança no Brasil*. Disponível em: <[http://www.anbio.org.br/noticias/proposta\\_pl.htm](http://www.anbio.org.br/noticias/proposta_pl.htm)>.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

SANT'ANA, André. *Biossegurança no Brasil: a necessidade de uma política consistente*. In: TEIXEIRA, Pedro; VALLE, Silvio Valle (Orgs.). *Biossegurança: Uma abordagem multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1996.

SILVA, Felizardo Penalva da. *Biossegurança e transgênicos no Direito Ambiental*. Brasília: Paralelo 15, 2001.

VARELLA, Marcelo Dias; FONTE, Eliana; ROCHA, Fernando Galvão. *Biossegurança & Biodiversidade – Contexto Científico e Regulamentar*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

The background of the book cover is a composite image. On the left, there is a vertical strip showing a close-up of dry, cracked, yellowish-brown earth. The rest of the cover features a photograph of a large, flat-topped iceberg floating in a blue body of water under a clear blue sky. The iceberg has a distinct flat top and steep sides, with some smaller ice chunks floating in the foreground.

# A Efetividade do Direito Internacional Ambiental

## Capítulo 6

### EFETIVIDADE DO PROCOTOCOLO DE CARTAGENA NA FRANÇA

Estelle Brosset e Truilhé-Marengo

# EFETIVIDADE DO PROCOTOCOLO DE CARTAGENA NA FRANÇA

Estelle Brosset<sup>1</sup>  
Truilhé-Marengo<sup>2</sup>

## 6.1 Introdução

### 6.1.1 As dificuldades da problemática

#### Uma “serpente do mar”

A problemática da implementação do direito internacional, de modo geral, e do direito internacional do meio ambiente, mais especificamente, não é uma questão nova<sup>3</sup>.

E inútil relembrar as numerosas querelas sobre a existência do direito internacional, fundamentadas, principalmente, na ausência de mecanismos repressivos sancionados por um órgão superior aos Estados na esfera internacional. Admite-se, doravante, que esta visão “interna” é ultrapassada. Com efeito, o respeito do direito é assegurado seja pelos próprios Estados, seja, cada vez mais, por uma organização supra-estadual dotada de poder de sanção contra os seus membros. Além disso, mais geralmente, é necessário lembrar que a aplicação da sanção é: “A condição da eficácia do direito, e não de sua existência. Não é a sanção-repressão que é a marca do direito, mas o sentimento de obrigação que têm os destinatários das regras, independentemente de qualquer julgamento de valor sobre a sua justificativa”<sup>4</sup>.

Apesar de uma existência que é atualmente admitida, o debate sobre a implementação do direito internacional prolongou-se em todas as áreas de intervenção. É o caso do direito internacional do meio ambiente que constitui um “ateliê de experimentação jurídica”<sup>5</sup>. Após uma fase de “vitalidade”<sup>6</sup> para retomar as palavras de S. Maljean-Dubois, normativa e institucional, a partir do início dos anos 1990, uma reflexão foi iniciada não apenas sobre as condições de instauração e do conteúdo dos

1 Maître de conférences em Direito Público na Université Pierre Mendès France, Grenoble II, França.

2 Chargée de recherche no Centro Nacional da Pesquisa Científica (Centre National de la Recherche scientifique - CNRS)

3 Cf, entre outras fontes, as publicações de nosso Centro: IMPERIALI (C.) Éd., *L'effectivité du droit international de l'environnement*, Economica ou MALJEAN-DUBOIS (S.), *L'effectivité du droit européen de l'environnement, contrôle de la mise en œuvre et sanction du non-respect*, la Document française, 2000, 308 p.

4 (Daillet et Pellet, p. 91).

5 Cf. L. Condorelli citado por DUPUY (P-M.) *RGDIP*, 1997, p. 900.

6 MALJEAN-DUBOIS (S.), *La mise en œuvre du droit international de l'environnement*, les notes de l'IDDRI, n° 4.

regimes internacionais, mas também sobre a sua implementação. “A problemática da efetividade tornou-se gradualmente um campo essencial de pesquisa na economia, nas relações internacionais e no direito internacional”<sup>7</sup>.

Entretanto, as primeiras constatações foram negativas, e a aplicação nacional, realizada por meio da transcrição das normas internacionais nos direitos internos, é freqüentemente insuficiente. A “brandura” dos instrumentos de proteção do meio ambiente possui provavelmente uma relação com esta constatação. Se a presença de declarações de princípio é conhecida nesta área, isto não é uma particularidade do direito internacional do meio ambiente; em contrapartida, mesmo quando se trata de convenções formalmente vinculativas, o conteúdo destas últimas é impressionante devido ao seu caráter extremamente geral e, em certa medida, mais “pedagógico” que vinculativo. Isto não impede, apesar das incertezas da redação do tratado, o dever das partes de respeitar as disposições e a obrigação de execução de boa fé. Contudo, tratando-se do controle da execução, a visão da ordem internacional não é legalista e contenciosa; o direito, nesta matéria, quer, sobretudo, assegurar-se da continuidade do espírito de cooperação dos participantes.

Nesta perspectiva, os procedimentos de avaliação e de acompanhamento têm tanto senão mais importância que os mecanismos de solução de conflitos. Não é, assim, surpreendente constatar que, se os modos de solução de conflitos previstos pelos tratados relativos ao meio ambiente são, em raras exceções, clássicos, ao contrário, os mecanismos de acompanhamento e de controle da sua aplicação são engenhosos e inspiram-se em outras áreas.

## Um “quebra-cabeças”

A noção de efetividade suscita interrogações, pois, quando se tenta encontrar uma definição, encontram-se cem. Trata-se de noção proteiforme, fundamentalmente camaleônica.

A efetividade, segundo o *Dicionário de Direito Internacional Público*, dirigido por J. Salmon, designa o que existe de fato, a qualidade de uma situação jurídica que corresponde à realidade, de uma competência que se exerce realmente. “A noção de efetividade evoca a do real nas relações entre o fato e o direito”<sup>8</sup>. *Lato sensu*, a noção

<sup>7</sup> Cf., entre outras fontes, as publicações de nosso Centro: IMPERIALI (C.) Éd., *L’effectivité du droit international de l’environnement, Economica* ou MALJEAN-DUBOIS (S.), *L’effectivité du droit européen de l’environnement, contrôle de la mise en œuvre et sanction du non-respect, la Document française*, 2000, 308 p. Cf., igualmente, E. Brown Weiss, H.K. Jacobson, 1998. *Engaging countries. Strengthening compliance with international environmental accords*. MIT Press, Cambridge, p. 3. Helm Carsten et Detlef F. Sprinz, 2000. *Measuring the effectiveness of international environmental regimes*. *Journal of Conflict Resolution*, vol. 45, n° 5, pp. 630-652.

<sup>8</sup> DE VISSCHER (C.), *Les effectivités en droit international public*, Paris, Pedone, 1967, p. 13.



de efetividade retorna, por conseguinte, à de eficácia (os dois termos são vinculados, na versão inglesa, a *effectivness*) dos quais convém, contudo, distinguir. No sentido geral, a efetividade de disposições implica que estejam em adequação aos fins propostos. Uma convenção é efetiva quando contribui, de maneira significativa, para resolver o problema que gerou a sua criação.

Entretanto, tal óptica exige, necessariamente, um trabalho de sociologia jurídica, a fim de analisar as reações sociais e os seus desvios com a injunção ou o estímulo posto pela regra de direito. Ora, o jurista não dispõe de técnicas que lhe permitem avaliar, claramente, os comportamentos sociais. Ele pode, apenas, levar em nota certos índices de ineficácia. A esta questão fundamental acrescenta-se outra. A questão da efetividade veicula a visão específica e controversa da atividade jurídica. Com efeito, tal óptica presume a existência de uma vontade, uma intenção identificável, a do legislador, personagem mítico, expressa na regra de direito.

Ora, a realidade é uma interação complexa entre várias forças sociais e políticas que resultam em uma regra de direito freqüentemente confrontada a contradições internas. Esta falta de consenso é exacerbada na área do meio ambiente, pois há pouco conhecimento e recorre-se, freqüentemente, a noções extrajurídicas. Para determinar os objetivos ambientais a serem atingidos e os métodos a serem seguidos, é necessário conhecer as “necessidades” ambientais e técnicas para alcançá-las, o que não é o caso. Além disso, esta abordagem deixa a entender que, ao contrário do que a doutrina positivista tem afirmado por muito tempo, a legitimidade do direito não é intrínseca, mas extrínseca, pois dependeria do estado das práticas sociais. A “legislação torna-se, assim, um problema de consenso”<sup>9</sup>.

Parece-me, portanto, razoável voltar a uma definição mais restritiva e mais modesta deste termo. A efetividade visa, igualmente, à capacidade de determinar os comportamentos, de alterar o comportamento. Neste significado mais restrito, o estudo da efetividade corresponde à análise das condições e das modalidades de implementação da regra de direito, ou seja, o que se tem o costume de pôr sob o termo de implementação, que é de competência do jurista. Neste sentido, apenas uma dimensão da efetividade é retida. Não se interrogará sobre a questão de saber se um regime internacional assegura corretamente a proteção ao meio ambiente (efetividade = eficácia) ou conduz ao respeito das regras e dos padrões postos e, ao mesmo tempo, à modificação desejada do comportamento humano (efetividade sociológica), mas, mais modestamente, propomos estudar a sua transposição nos diferentes níveis institucionais (regionais, nacionais, locais) pela adoção de leis, de regulamentos e pela realização de certas atividades administrativas.

9 LASCOUMES (P.) et SERVERIN (E.), Théories et pratiques de l'effectivité du droit, *Droit et société*, n° 3, 1986.

Assim limitada, a efetividade do direito é difícil de ser medida, pois traduz-se, principalmente, de maneira negativa, “pelas infrações oficialmente reconhecidas e aprovadas”, por conseguinte, “com uma grande margem de incerteza”<sup>10</sup>. Contudo, a medida torna-se possível, quando se toma o cuidado de evitar responder de maneira binária, esforça-se em descrever o grau de efetividade dos instrumentos e explicar as dificuldades encontradas.

## 6.2 Pertinência da problemática

### 6.2.1 “Um assunto atual”

O Protocolo de Cartagena sobre a prevenção dos riscos biotecnológicos, o Protocolo de “biosegurança”, anexado à Convenção do Rio de Janeiro sobre a diversidade biológica, foi adotado em 29 de janeiro de 2000, quando existia, na matéria, apenas instrumentos setoriais e ou não-vinculativos. O texto tem objetivos conhecidos que são, principalmente, estabelecer normas comuns para os movimentos transfronteiriços de OGM, a fim de garantir, em escala mundial, a proteção da biodiversidade e da saúde humana.

Se o seu conteúdo ou as suas relações com outras convenções internacionais já foram profundamente analisados<sup>11</sup>, a questão da sua aplicação no plano nacional não foi amplamente abordada. Isto é facilmente explicado: a sua entrada em vigor é recente (11 de setembro de 2003, ou seja, noventa dias após a recepção do quinquagésimo documento de ratificação), e o seu conteúdo continua a ser progressivamente explorado nas reuniões das partes. A juventude e o caráter flutuante desta convenção levam, assim, a postergar o estudo de sua aplicação. Tal trabalho de análise revela-se útil. O Protocolo inscreve-se na filiação dos vários tratados internacionais que governam o comércio das espécies selvagens ou produtos sensíveis, como os desperdícios, os produtos químicos perigosos ou os clorofluorcarbonos, e inspira-se em mecanismos utilizados por alguns. Muito além do interesse intrínseco ao Protocolo, é em comparação a outras convenções que o estudo deste texto torna-se útil e que este colóquio encontra seu valor.

<sup>10</sup> KISS (A.) in ou MALJEAN-DUBOIS (S.), *L'effectivité du droit européen de l'environnement, contrôle de la mise en œuvre et sanction du non-respect*, op. cit., p. 5.

<sup>11</sup> Cf., entre outras fontes, as publicações de nosso Centro: *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés*, sous la direction de J. Bourrinet et S. Maljean-Dubois, 2002, éd. La documentation française, 380 p.

### 6.2.2 “Um nó górdio”<sup>12</sup>

A pertinência da interrogação é reforçada por uma constatação. Este Protocolo é um verdadeiro nó górdio no plano jurídico, em primeiro lugar, dado que esta convenção se situa em uma rede de textos, não somente internacionais mas também regionais, com os quais possui uma relação de influência mútua. É o caso dos acordos da OMC com os quais a compatibilidade do Protocolo foi freqüentemente debatida e, sobretudo, o caso do direito comunitário. O Protocolo mantém com o direito comunitário relações muito específicas, pois constitui um prolongamento no plano universal das disposições comunitárias e, ao mesmo tempo, participa da transformação que, em contrapartida, reforça a efetividade do Protocolo. A interação entre estes dois níveis é claramente circular.

Ora, muito além de seu interesse conceitual, esta constatação apresenta um interesse pragmático. O Protocolo não é mais apenas um texto de direito internacional, mas, graças a este movimento circular, divulga-se e passa a ser, ao mesmo tempo, um texto de direito comunitário, quer porque se inspira, quer porque inspira o direito comunitário aplicável nesta área.

Ora, pelo fato de o direito internacional passar pela peneira comunitária, a pergunta da aplicação é simplificada. A medida da efetividade francesa do Protocolo deve, assim, levar em consideração as duas facetas do Protocolo: a faceta internacional e a faceta comunitária. Ambas as facetas não podem ser postas sob o mesmo plano, do ponto de vista não somente da força da efetividade mas também da sua extensão e, em especial, no caso de um litígio que opõe um Estado-membro, a França e um outro Estado. Se este outro Estado é membro da Comunidade, certamente, o Protocolo será aplicado a este litígio, enquanto convenção internacional e regras de direito comunitário. Pelo contrário, se o outro for o Estado terceiro (como os EUA, que não ratificaram a Convenção do Rio de Janeiro) oposto à Comunidade Européia, só a faceta internacional do Protocolo será relevante.

## 6.3 Nó górdio, no plano da sociedade empresarial

Conhecemos as controvérsias sobre as técnicas de engenharia genética, a sua implicação prática, a sua segurança, a sua utilidade e, sobretudo, sobre a sua significação simbólica quanto aos modos de produção agrícola e alimentar, à posição da técnica ou sobre a posição da opinião pública nas escolhas científicas.

<sup>12</sup> NT : « nœud gordien », isto é, um problema de difícil solução.

Deste ponto de vista, o exemplo francês a ser analisado em primeiro lugar, mas não exclusivamente, é significativo, pois a França é, ao mesmo tempo, parte do Protocolo (quadragésimo sexto país a ter ratificado o Protocolo) e membro da Comunidade Européia, igualmente parte do Protocolo. A aplicação francesa decorre, assim, de dupla exigência: a internacional de recepção de um tratado internacional e a comunitária de transposição de diretivas ou aplicação de regulamentos. A pressão em prol da efetividade é, por conseguinte, em certa medida, “dupla”. Mas, a França é, sobretudo, um exemplo interessante, porque, a esta forte pressão contrapõe-se forte controvérsia que coloca em perigo a sua aplicação.

É importante lembrar que a opinião pública francesa é majoritariamente desfavorável aos OGM. De acordo com recente pesquisa efetuada com 1003 pessoas pela BVA, em nome de Agir pelo Meio Ambiente, 78% dos franceses (contra 20%) desejam que os OGM sejam temporariamente proibidos para que se possa ter tempo de avaliar os seus impactos de maneira convincente. 72% dos interrogados desejam poder exprimir-se por meio de referendo sobre a regulamentação dos OGM. 74% dos entrevistados querem que o seu deputado proíba as culturas de OGM, aplicando, estritamente, o princípio de precaução. Por último, 85% dos franceses consideram que os rótulos de qualidade (Rótulo Vermelho, AOC) devem ser isentos de OGM. É necessário recordar que, seguidamente, comandos anti-OGM destroem as plantações francesas e são processados diante dos tribunais franceses. Enfim, é necessário recordar que um número cada vez maior de prefeitos proíbe todo o tipo de cultura de OGM sobre as terras de sua cidade.

Para examinar e, sobretudo, tentar esclarecer as linhas de força da efetividade deste Protocolo e, em especial, na França, mas não somente, a distinção entre as duas facetas, figuras deste texto, parece inevitável. O Protocolo, do ponto de vista francês, é não somente fonte de obrigações internacionais com todas as conseqüências que este caráter internacional pode implicar, mas também fonte de obrigações comunitárias com implicações necessariamente diferentes. A medida da efetividade deve, assim, ser obrigatoriamente diferenciada sem que isto presuma o resultado dela. Com efeito, no presente estudo, vimos que tudo é uma questão de nuance e que, se o caráter internacional das obrigações constitui entrave persistente à efetividade francesa do Protocolo, não é redibitório e podem-se constatar numerosas tentativas de superação.

Opostamente, se o caráter comunitário das obrigações do Protocolo constitui, sem sombra de dúvida, um benefício do ponto de vista da sua efetividade, as resistências a esta “comunitarização” são tais que o benefício é reduzido. No final, as obrigações do Protocolo possuem caráter internacional ou comunitário e deveriam ter apenas uma efetividade. Muito além dos defeitos do direito é a força da política que constitui a explicação principal.

## 6.4 Como fonte de obrigações internacionais

A - A superação do caráter internacional

1 - O estímulo do respeito

- Precisão das disposições

- Consideração das diferenças de desenvolvimento

- Esforço de informação

2 - Acompanhamento e sanção do não-cumprimento

- Inadaptação dos procedimentos clássicos de não-cumprimento

- Criação de um mecanismo próprio de acompanhamento e de reação ao não-cumprimento

B - A persistência do caráter internacional

1 - As imperfeições dos mecanismos instaurados

2 - A imprecisão de certas disposições

## 6.5 Como fonte de obrigações comunitárias

A - Os benefícios do caráter comunitário

1 - A aquisição do caráter comunitário

2 - As manifestações do caráter comunitário

B - As resistências ao caráter comunitário

1 - A indisciplina nacional

- no plano legislativo

- no plano administrativo

2 - A prudência das instituições comunitárias

## 6.6 A efetividade do Protocolo como fonte de obrigações internacionais

Nesta primeira parte da nossa apresentação, nós demonstraremos que as disposições do Protocolo de Cartagena testemunham uma vontade de superação do caráter internacional e de seus limites tradicionais (A), mas este caráter internacional persiste e oculta, até certo ponto, os entraves à efetividade do Protocolo na França e em outros Estados-partes (B).

## 6.7 A superação do caráter internacional

No que consiste esta suposta superação do caráter internacional?

Ao citar o “caráter internacional” do Protocolo e os limites que ele supõe, nós fazemos referência ao fato de que as convenções internacionais, por natureza, respeitam a soberania dos Estados. Assim sendo, a suposta “superação” deste caráter internacional, que não é absolutamente novo e que já foi assinalado no que diz respeito a outras convenções ambientais, consiste, no nosso entendimento, em uma obrigação mais pesada sobre os Estados partes, para melhor aplicar as obrigações que lhes incumbe.

No caso do Protocolo de Cartagena, acreditamos que este objetivo seja atingido por esforços feitos em dois sentidos distintos e complementares. Como já observado em outras convenções sobre a proteção do meio ambiente, as disposições do Protocolo visam mais estimular o respeito das obrigações que sancionar o seu não-cumprimento.

### O estímulo ao respeito

O respeito das disposições é **facilitado** não somente pela precisão destas, pela importância que é dada à troca de informações e pela crescente consideração das diferenças de capacidades dos Estados-partes.

## 6.8 A precisão das disposições e dos procedimentos do Protocolo

As disposições do Protocolo são conhecidas e não nos propomos, neste trabalho, estudá-las detalhadamente. Desejamos lembrar as suas grandes linhas para, em seguida, demonstrar em quais pontos o texto se revela mais preciso, mais operacional que outras convenções de proteção do meio ambiente.

O Protocolo tem um âmbito de aplicação largo pelo fato de visar “qualquer organismo vivo que possui uma combinação de material genético inédita obtida através de um recurso à biotecnologia moderna” (art. 3). É um organismo “vivo”, “qualquer entidade biológica capaz de transferir ou replicar material genético, incluindo organismos estéreis, vírus e viróides”.

Deste modo, não são cobertos pelo Protocolo apenas os produtos biologicamente ativos (sementes, produtos agrícolas não-transformados destinados à alimentação humana ou animal, cereais). Os produtos derivados (farinha, molhos, óleos) que não podem reproduzir-se ou transmitir material genético são excluídos do âmbito de aplicação. Os OVM farmacêuticos encontram-se, *a priori*, fora do âmbito de aplicação, (ainda que as partes sejam livres de submetê-los a uma avaliação dos riscos, antes de aceitar a sua importação).

O texto aplica-se:

Aos movimentos transfronteiriços, ao trânsito, à manipulação e à utilização de qualquer organismo vivo alterado que poderia ter efeitos desfavoráveis na conservação e na utilização duradoura da diversidade biológica, e comportar igualmente riscos à saúde humana (art. 4).

Entre as principais contribuições materiais do Protocolo, citamos:

- a instauração de uma metodologia de avaliação dos riscos (Protocolo, art. 15 e ann. III), que visa garantir as decisões relativas aos movimentos transfronteiriços serem adotadas de acordo com métodos cientificamente provados.
- a menção ao princípio de precaução nos artigos 9 e 10, que adquire um conteúdo operacional, pois prevê que o importador possa invocá-lo, para recusar a importação de OVM agrícolas ou destinados diretamente à alimentação ou à transformação.

Mas, a precisão das disposições do texto é mais clara no que diz respeito ao procedimento de Acordo Prévio do Conhecimento de Causa (APCC), que constitui o núcleo do dispositivo e obriga o Estado exportador a notificar, por escrito, a exportação de um OVM ao Estado importador, não a cada exportação, mas apenas uma vez, “antes do primeiro movimento transfronteiriço intencional” (art. 7). Dois regimes distintos são estabelecidos conforme o movimento transfronteiriço se refira a OVM destinados a serem disseminados voluntariamente no meio ambiente ou se refira a OVM destinados à alimentação humana ou animal, ou destinados a serem transformados.

No primeiro caso, o Protocolo obriga o exportador a enviar à autoridade competente do país importador uma notificação por escrito, acompanhada de uma série de informações relativas ao OVM. O país importador deve dar o seu “acordo prévio com conhecimento de causa” em um prazo estritamente determinado: nos 270 dias que seguem a recepção desta notificação.



No segundo caso, apenas uma troca de informações é necessária se o OVM não for destinado a ser disseminado no meio ambiente. Na prática, quando um país toma uma decisão relativa à utilização ou à comercialização de um OVM que poderá ser objeto de movimentos transfronteiriços, deve, nos 15 dias que seguem, informar os outros Estados-partes do Protocolo por meio do Centro de Troca para a Prevenção dos Riscos Biotecnológicos (CTPRB).

Esta rápida apresentação permite compreender que os movimentos transfronteiriços de OVM, objeto principal do Protocolo, são enquadrados por um procedimento que é, ao mesmo tempo, preciso e detalhado em que cada fase é determinada por prazos. O texto distancia-se, assim, das convenções internacionais clássicas que definem, vagamente, as obrigações e situa-se, deste modo, na linhagem das convenções recentes de proteção ao meio ambiente. Ora, a precisão das disposições impõe-se como um dos critérios essenciais de medida da efetividade de uma convenção internacional.

## 6.9 O reforço dos mecanismos de troca de informações

O respeito das obrigações do Protocolo também é facilitado por grande importância dada à informação.

O artigo 20 do Protocolo institui um Centro de troca para a prevenção dos riscos biotecnológicos cujo duplo objetivo é facilitar a troca de informações científicas, técnicas, ecológicas, jurídicas e práticas, relativas aos organismos vivos modificados e ajudar as partes a aplicar o Protocolo, tendo em vista as necessidades específicas dos países de menor capacidade. O Centro faz parte do mecanismo de troca de informações criado da Convenção da biodiversidade.

Neste sentido, cada parte comunica ao Centro:

- as leis, as regulamentações e as diretivas nacionais em vigor que visam à aplicação do Protocolo;
- as informações requeridas pelas partes no âmbito do procedimento de acordo prévio com conhecimento de causa;
- todo acordo ou negociação bilateral, regional ou multilateral;
- um resumo das avaliações dos riscos ou dos estudos ecológicos relativos aos organismos vivos modificados, efetuados em conformidade com as disposições do Protocolo;

- as suas decisões finais relativas à importação ou à liberação de organismos vivos modificados;
- os relatórios que ela apresenta sobre a aplicação do Protocolo, incluindo os relatórios sobre a aplicação do procedimento de acordo prévio com conhecimento de causa.

### 6.10 A consideração da necessidade dos países em desenvolvimento

Assim como outros acordos ambientais multilaterais, o Protocolo de biossegurança visa facilitar a boa aplicação das suas disposições, reforçando as capacidades dos países que não dispõem de muitos meios em matéria de gestão da biossegurança (Protocolo, art. 11 ao 9 e art. 22).

Este auxílio ao respeito e à promoção do direito é realizado essencialmente pela técnica da dualidade das normas, que permite estabelecer um estatuto especial para os países em desenvolvimento e em transição. Estes Estados, preocupados com as consequências económicas e sociais do desenvolvimento das biotecnologias, conseguiram que o Protocolo reconhecesse as partes levarem em conta considerações socioeconómicas quando tomam decisões no âmbito do Protocolo (art. 26) e, nomeadamente, no âmbito das medidas destinadas a gerir o não-cumprimento das disposições.

O Protocolo prevê que:

Toda Parte pode indicar as suas necessidades em matéria de assistência financeira e técnica e de desenvolvimento das suas capacidades, tratando-se dos organismos vivos modificados destinados à alimentação humana ou animal ou destinados a serem transformados. As Partes cooperam para responder a estas necessidades, em conformidade com os artigos 22 e 28 do presente Protocolo (art. 11, al. 9).

O artigo 22, dedicado ao reforço das capacidades, estabelece uma obrigação de cooperação, sob forma bilateral ou multilateral, em áreas como:

- a formação científica e técnica para a utilização racional e sem perigo das biotecnologias, para a avaliação e a gestão dos riscos;
- o reforço das capacidades técnicas e institucionais.

O centro de trocas já tomou várias iniciativas neste sentido<sup>13</sup>. Por outro lado, o Comitê intergovernamental do Protocolo de Cartagena sobre a prevenção dos riscos biotecnológicos adotou um plano de ação para a criação de capacidades para fins de aplicação efetiva do Protocolo de Cartagena<sup>14</sup>. Mas, segundo especialistas, o conteúdo deste último é, sem dúvida, demasiadamente introspectivo e geral para os desafios<sup>15</sup>.

No plano financeiro, o fundo para o meio ambiente mundial, gerido conjuntamente pelo Banco Mundial, o PNUE e o PNUD, mecanismo de financiamento da Convenção de Rio de Janeiro, torna-se, por extensão, o do Protocolo (art. 28). Alguns fundos já foram desbloqueados, para permitir a uma centena de países equipar-se de um quadro regulamentar nacional de prevenção dos riscos biotecnológicos<sup>16</sup>.

Por último, prevê-se que “os países desenvolvidos Partes podem também fornecer recursos financeiros e tecnológicos [...] no âmbito de negociações bilaterais, regionais e multilaterais, cujos países em desenvolvimento Partes e as Partes de economia em transição poderão utilizar”. Alguns Estados já realizaram contribuições para a promoção e a ratificação do Protocolo<sup>17</sup>.

Estes são os mecanismos instaurados para facilitar e incitar o respeito ao Protocolo. Veremos, em seguida, o acompanhamento da aplicação e os mecanismos de reação ao não-cumprimento.

## Acompanhamento da aplicação e reação ao não-cumprimento<sup>18</sup>

Normalmente, quando não se conforma a um tratado, um Estado viola as suas obrigações internacionais e é responsabilizado no plano internacional.

13 Produção de um *kit* para facilitar a avaliação nacional das necessidades em matéria de criação de capacidades ou ainda, no mesmo sentido, a organização de reuniões regionais para a África, a América latina, os Caribes, nas quais diversas recomendações foram realizadas.

14 Cf. Recomendação n°2/9 do CIPC, «Création de capacités et fichier d'experts» [<http://www.biodiv.org>].

15 Cf. a *Note du secrétariat sur Création de capacités* (art. 22, art. 28), UNEP/CBD/ICCP/1/4, 10 octobre 2000, 12 p.

16 Cf. *Réunion sur la sécurité biologique visant à aider les gouvernements à réduire les risques liés aux OGM*, CBD, décembre 2000, p. 2 ; *Directives au mécanisme de financement* (article 28, § 5, article 22). *Note du Secrétaire exécutif*, UNEP/CBD/ICCP/2/5, 25 juillet 2001, 13 p. O FEM adotou em 2000 uma «Stratégie initiale visant à aider les pays à se préparer à l'entrée en vigueur du Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques», que enfatiza a necessidade de coordenação institucional na área.

17 *Bulletin des négociations de la Terre*, vol. 9, n°160, p. 13, 29 mai 2000.

18 No plano nacional, o descumprimento das disposições do Protocolo é dificilmente condenado de maneira direta. O problema não reside tanto no princípio da sanção de violação de uma disposição procedente de um Tratado internacional dado que se pode ver recentemente (25 de julho de 2006) que o Tribunal administrativo de Estrasburgo suspendeu a autorização dada pelo Ministério da agricultura de dois testes de organismos geneticamente modificados pelo motivo de que o Ministério não respeitou a convenção de Aarhus, ratificada pela França, publicada em 2002 e que se refere à informação do público em matéria de meio ambiente. O fato é que as disposições do Protocolo de Cartagena são muito próximas às do direito comunitário e que, no caso de violação, são estes últimos que serão provavelmente invocados diante do juiz para obter condenação.

### 6.11 Inadaptação dos procedimentos clássicos de reação ao não-cumprimento (CIJ, arbitragem, contra medidas).

O Protocolo poderia, em teoria, fornecer apoio à responsabilização por meio das cláusulas de solução de conflitos que possui (Art. 27) e que permitem, pelo menos teoricamente, pleitear um recurso diante do Tribunal internacional de Justiça ou de um Tribunal arbitral<sup>19</sup>.

Ora, a inadaptação dos procedimentos clássicos de reação ao não-cumprimento é conhecida no que diz respeito à área ambiental. Os mecanismos clássicos de solução de conflitos são, de acordo com a expressão do professor Pierre-Marie Dupuy, freqüentemente tidos como "demasiadamente pesados, freqüentemente aleatórios, e a utilização politicamente prejudicial"<sup>20</sup>. Os Estados utilizam procedimentos de solução de conflitos mais flexíveis, discretos e políticos do que o regulamento jurisdicional.

Esta tendência geral do direito internacional público é ainda mais marcada na área do meio ambiente por razões bem conhecidas: conteúdo vago das obrigações, especificidade dos danos ambientais, etc.

No que diz respeito ao Protocolo de Cartagena, vimos que as disposições são relativamente precisas, e o recurso aos mecanismos clássicos de solução de conflitos internacionais é possível, dado que o artigo 27 da Convenção sobre a biodiversidade, relativo à solução de conflitos é aplicável ao Protocolo.

Entretanto, a competência da CIJ ou o recurso à arbitragem, se previsto no caso de falha dos procedimentos de negociação e de bons ofícios, não é obrigatória e deve, de antemão, ter sido aceita pelas partes em causa. No caso contrário (ou seja, na maioria dos casos na prática), é previsto que o litígio seja submetido a um procedimento de conciliação, a menos que as partes convenham diferentemente. A competência do CIJ é assim limitada pelo princípio do consentimento, cuja força o Tribunal, ainda recentemente, recordou no caso de Competência em matéria de pescarias<sup>21</sup>.

Além disso, nos termos do artigo 34 do Estatuto: "só os Estados têm qualidade para apresentar-se diante do Tribunal". Ora, temendo um efeito de regresso, os Estados são pouco propensos a utilizar os procedimentos considerados hostis para a defesa de um interesse coletivo. Os particulares, pessoas privadas ou pessoas morais, são excluídos do procedimento, da mesma maneira que os secretariados ou as Conferências das partes dos acordos ambientais multilaterais.

<sup>19</sup> No caso Gabčíkovo-Nagymaros, l'agent hongrois en a dressé la liste à l'audience, cf. G. Szénási, CIJ, CR 97/2, p. 21.

<sup>20</sup> P.-M. Dupuy, "À propos des mésaventures de la responsabilité internationale des États dans ses rapports avec la protection de l'environnement", in Les hommes et l'environnement, En hommage à A. Kiss, M. Prieur ed., Frison Roche, Paris, 1998, p. 275.

<sup>21</sup> Espagne c. Canada, decisão sobre a competência, 4 de dezembro de 1998.

Esta inadequação dos mecanismos clássicos de sanção do não-cumprimento no plano internacional levou à instauração de um modo alternativo de solução de conflitos, um procedimento próprio de acompanhamento e reação ao não-cumprimento.

### **6.12 Instauração de um procedimento próprio de monitoramento e reação ao não-cumprimento**

A especificidade dos procedimentos instaurados no âmbito do Protocolo, em relação aos procedimentos clássicos, é evidente. Um acompanhamento contínuo e sistemático da aplicação, fundado na produção de relatórios, é instaurado.

Estabelecimento de um monitoramento da aplicação:

Artigo 33: Cada Parte monitorará a implementação de suas obrigações no âmbito do presente Protocolo e informará à Conferência das Partes atuando na qualidade de reunião das Partes do presente Protocolo, em intervalos a serem decididos por esta, sobre as medidas tomadas para implementar o Protocolo.

A obrigação de estabelecer relatórios sobre a implementação com o propósito de ser, em seguida, examinado pelo órgão diretor de um tratado, é uma disposição recorrente nos tratados ambientais multilaterais e constitui a chave de abóbada do procedimento de controle.

O artigo 33 prevê, com efeito, a obrigação para cada Estado-parte de apresentar, em intervalos regulares, relatórios que indiquem as medidas tomadas para implementar as disposições do Protocolo.

Os relatórios são analisados durante a reunião das partes pelo secretariado. As informações sobre o respeito das obrigações são apresentadas: por qualquer parte no que lhe diz respeito; por qualquer parte interessada ou suscetível de estar interessada, no que diz respeito à outra parte.

A primeira Conferência das partes da Convenção sobre a diversidade biológica que sediou uma reunião das partes ao Protocolo, ocorreu de 23 a 27 de fevereiro de 2004, em Kuala Lumpur, e ressaltou a necessidade de serem produzidos relatórios claros e simples que favorecem a análise estatística e a compilação e incentivam as partes a fornecer informações detalhadas em níveis nacionais e regionais, quando estas informações podem ser úteis às outras partes. A Conferência adotou um modelo para os relatórios nacionais que corresponde à técnica do questionário. Muito detalhado,

o questionário interroga as disposições essenciais do Protocolo. Nós possuímos este “Modelo de relatório” à disposição e poderemos retornar a este assunto se necessário.

Os relatórios deverão ser estabelecidos com base na periodicidade de quatro anos, mas, durante o período inicial, as partes devem apresentar um relatório temporário em dois anos, após a entrada em vigor do Protocolo.

As informações contidas nos relatórios são preciosas, pois fornecem um “quadro” da aplicação do Protocolo, disposição por disposição, e permitem revelar os problemas de conformidade. Ora, o Comitê examinou a análise dos relatórios nacionais temporários (UNEP/CBD/BS/COP-MOP/3/12) e ressaltou a dificuldade de pronunciar-se em fase tão precoce de implementação e apontou as numerosas anomalias do sistema.

Elaboração de um mecanismo de reação ao não-cumprimento:

Artigo 34: A Conferência das Partes, atuando na qualidade de reunião das Partes do presente Protocolo, considerará e aprovará, em sua primeira reunião, procedimentos de cooperação e mecanismos institucionais para promover o cumprimento das disposições do presente Protocolo e para tratar dos casos de não-cumprimento. Esses procedimentos e mecanismos incluirão disposições para prestar assessoria ou assistência, conforme o caso. Esses serão distintos e não prejudicarão os procedimentos e mecanismos estabelecidos pelo artigo 27 da Convenção sobre solução de controvérsias.

Quando o acompanhamento sistemático suspeita de um caso de não-cumprimento, inicia-se, em princípio, uma fase de reação a isto. Ao contrário do procedimento de solução de conflitos (instrumento jurídico e institucional), um mecanismo de reação ao não-cumprimento das obrigações é um instrumento essencialmente multilateral e não-conflituoso. O objetivo deste tipo de mecanismo é prevenir os litígios e reduzir a necessidade da solução de conflitos.

As intervenções atuais permitiram mostrar que os mecanismos e os procedimentos de respeito das obrigações adotadas ou em curso de elaboração no âmbito dos outros acordos ambientais multilaterais comportam diversos elementos e características comuns. O vocabulário empregado é revelador: não se fala *em violação das disposições*, mas em “questão de implementação” ou “não-cumprimento”; não se fala em *sanção*, mas em “medidas”; não se fala em *recurso*, mas em “comunicação”, etc. O objetivo é incentivar o respeito das disposições, tratar dos casos de não-cumprimento e oferecer conselhos ou assistência às partes, a fim de ajudá-las a respeitar as obrigações e não simplesmente sancioná-las. O Protocolo não escapa a este esquema.

Segundo o artigo 34 do Protocolo, que não previa um mecanismo específico, a Conferência das partes que sedia uma reunião das partes ao Protocolo adotou um procedimento de respeito às obrigações cujo objetivo é promover a observação das disposições do Protocolo, tratar dos casos de não-cumprimento pelas partes e fornecer conselhos ou uma assistência se necessário. A Conferência das partes declara explicitamente que os procedimentos e os mecanismos de respeito às obrigações devem ser simples, facilitadores, não-acusatórios e cooperativos.

Criou-se um Comitê responsável pelo respeito às obrigações, composto de 15 membros indicados pelas partes eleitos pela Conferência das partes, que escolhe três membros de cada um dos cinco grupos regionais da Organização das Nações Unidas. A independência do órgão é, assim, assegurada. Compete ao Comitê determinar as circunstâncias precisas e as causas possíveis dos diferentes casos de desrespeito, examinar as informações que lhe são comunicadas no tocante às questões das obrigações e sobre os casos de não-cumprimento, fornecer à parte referida conselhos e ou assistência, examinar as questões gerais do respeito pelas partes às obrigações previstas pelo Protocolo, tendo em conta as informações contidas nos relatórios nacionais apresentados em conformidade com o artigo 33 do Protocolo, por meio do Centro de Intercâmbio para a prevenção dos riscos biotecnológicos, além de tomar medidas, caso haja necessidade, ou apresentar recomendações à Conferência.

O procedimento de reação ao não-cumprimento é bastante estrito. Nos quinze dias após o recebimento de uma comunicação, o Secretariado põe-na à disposição da parte referida, e, uma vez recebida resposta e informações, a comunicação, a resposta e as informações são transmitidas ao Comitê.

Uma parte que tenha recebido uma comunicação relativa às disposições do Protocolo deve responder às informações e – caso necessário, pode apresentar recurso ao Comitê – fornecê-las em um prazo que se estende de três a seis meses, no máximo. Se o Secretariado não receber resposta ou informações da parte referida no prazo estipulado, está prevista a transmissão automática da comunicação ao Comitê, fazendo face, assim, à hipótese de má colaboração do Estado em questão. A parte que tenha apresentado uma comunicação ou que seja objeto de uma comunicação é habilitada a participar dos debates do Comitê, sem, no entanto, participar da elaboração e da adoção da recomendação do Comitê.

O estímulo e o auxílio à questão do respeito estão fortemente presentes no procedimento. O Comitê pode, assim, convidar a parte referida a apresentar-lhe relatórios de atividade sobre os esforços que realiza para adequar-se às obrigações previstas pelo Protocolo; pode, em seguida, estabelecer um relatório à intenção da Conferência das partes e, com base neste relatório, manter a questão na ordem do dia do Comitê até que seja adequadamente resolvida.



Aproximam-se as práticas tradicionais das convenções internacionais que visam evitar a suscetibilidade dos Estados-partes. O caráter "internacional", portanto, persiste e retira qualquer limite à efetividade das disposições do Protocolo.

## B. A persistência do caráter internacional

### 1 - As imperfeições do mecanismo de acompanhamento e de sanção

O sistema de acompanhamento e reação ao não-cumprimento, se tem o mérito de existir e distinguir-se, sobre certo ponto, dos processos clássicos do direito internacional, encontra-se longe da perfeição. No que diz respeito ao sistema instaurado para o acompanhamento das obrigações, podem ser assinalados vários problemas estruturais. Primeiramente, as informações fornecidas ao Comitê emanam dos Estados-membros. Os relatórios têm origem nas partes em causa, e o Comitê pode recolher informações complementares, ou seja, do Centro de Intercâmbio para a Prevenção de Riscos Biotecnológicos (alimentado de informações estatais), da Conferência das partes à Convenção, da Conferência das partes sediadas enquanto reunião das partes, de órgãos subsidiários instituídos pela Convenção sobre a diversidade biológica e pelo Protocolo, das organizações intergovernamentais competentes (nenhuma menção às organizações não-governamentais), de peritos que figuram no arquivo de especialistas da prevenção dos riscos biotecnológicos. Contrariamente ao que é previsto em outras convenções, o Secretariado não pode interrogar o Comitê no caso de não-cumprimento do qual pode ter tido conhecimento.

A origem da informação é, assim, essencialmente governamental, o que oculta um risco. Os Estados correm o risco de não enviar os relatórios ou de elaborar relatórios imprecisos e lacunários. É necessário dizer que, para muitos Estados, e principalmente para os Estados em desenvolvimento com poucas capacidades em termos de avaliação, de infra-estrutura e de financiamento, trata-se de um procedimento pesado.

Este risco é reforçado pelo fato de que o Comitê não dispõe dos poderes necessários para ter condições de obter informações complementares. Este deve satisfazer-se de receber a informação passivamente e, quem sabe, pedir às partes informações complementares, mas sem deter um verdadeiro poder de inspeção, forma mais aprofundada do inquérito, e meio de controle mais eficaz, porque permite recolher a informação na fonte e limita a filtragem pelos Estados.

O Comitê examinou a análise dos relatórios nacionais temporários (UNEP/CBD/BS/COP-MOP/3/12) e ressaltou que é muito cedo para deliberar sobre a efetividade dos procedimentos e mecanismos de respeito das obrigações, mas já indicou, entretanto, algumas insuficiências:

- Cerca de dois terços das partes ao Protocolo não preencheram as suas obrigações em matéria de estabelecimento de relatórios, tal como requerido no artigo 33 do Protocolo e na decisão BS-I/9 da primeira reunião da Conferência das partes sediada como Reunião das partes ao Protocolo.

- Apenas trinta e oito por cento das partes ao Protocolo entregaram os seus relatórios nacionais temporários em conformidade com estas disposições. O Comitê exprimiu a sua preocupação, tendo em conta vários relatórios apresentados.

- Os relatórios, além disso, não possuem informações suficientes, incluindo as relativas à maneira como os seus relatórios foram elaborados por meio do processo consultativo.

- As partes indicam um atraso no respeito das condições relativas à disponibilização das informações no mecanismo de troca sobre a prevenção dos riscos biotecnológicos.

- Quanto ao mecanismo de reação ao não-cumprimento, também apresenta estigmas de internacionalismo, fonte potencial de imperfeições.

Se o Comitê, que é um organismo independente, realiza a maior parte do controle e, principalmente, a verificação da informação e de seu tratamento, somente a Conferência das partes, órgão político, dirige a continuação dada ao controle, ou seja, possui o poder de recomendação e de sanção, no caso de constatação do não-cumprimento. Com efeito, em virtude da decisão BS I-7 tomada na ocasião da primeira Conferência das partes, esta pode, por meio de recomendações do Comitê, decidir sobre as medidas a serem tomadas (nota-se que não se trata de obrigação mas de simples possibilidade dada à Conferência).

O fato de que a decisão final emana de um órgão político composto pelo conjunto dos Estados-partes limita, consideravelmente, o alcance de seu exercício e testemunha, para alguns, a "maturidade ainda limitada do direito internacional do meio ambiente" (Daillet e Granulação, p. 1290). Entretanto, constata-se que pelo menos as condições do verdadeiro controle se encontram reunidas e que nada impede as partes de obedecer aos relatórios que revelam uma aplicação insatisfatória. A conferência pode tomar 3 tipos de medidas:

- 1) Fornecer assistência financeira e técnica, transferência de tecnologia, formação ou outras medidas de reforço das capacidades. Trata-se de algo corriqueiro das convenções de proteção do meio ambiente: quando a violação de uma convenção não é intencional, mas decorre de falta de capacidade econômica, técnica, administrativa, etc., o apoio deve ser dado.

2) Colocar a parte em causa em pré-aviso;

3) Solicitar ao secretário-executivo publicar os casos de não-cumprimento no Centro de troca.

A questão das medidas aplicáveis aos casos repetidos de não-cumprimento nunca foi objeto de acordo, mesmo se fez parte da pauta da terceira reunião das partes (isto devido a um desacordo sobre as modalidades de voto no Comitê). A questão será provavelmente discutida na ocasião da quarta reunião.

Apesar de tudo isso, o caráter intergovernamental e relativamente flexível do mecanismo de reação ao não-cumprimento não é um sinal de fraqueza. Por exemplo, se pode acusar-se falta de objetividade da Conferência das partes, o papel que lhe é atribuído é incontestavelmente uma fonte de realismo e de autoridade.

Além disso, o fato de que as sanções previstas possuam conteúdo “psicológico”, de acordo com expressão de Sandrine Maljean-Dubois, não significa, que não possuam alcance. A publicidade feita em razão do não-cumprimento constitui uma sanção eficaz.

## 2 - A imprecisão de algumas disposições

O bom funcionamento do mecanismo de acompanhamento e de reação ao não-cumprimento constitui um desafio mais importante do que certas disposições do Protocolo, o qual é considerado, de modo geral, claro e preciso, mas as disposições são de competência do compromisso político e são, conseqüentemente, susceptíveis de possuir problemas na sua aplicação.

Neste trabalho, não será examinado o conjunto destas disposições, mas apenas uma entre elas, considerada central. Com efeito, o artigo 10 do Protocolo, que prevê o procedimento de acordo prévio com conhecimento de causa, é, incontestavelmente, o fruto de longas horas de negociação e de um compromisso político delicado. Revendo as diferentes possibilidades oferecidas à parte importadora no momento da notificação (autorizar a importação, proibi-la, pedir informações complementares), o Protocolo não prevê uma saída quando a parte não comunica a sua decisão nos 270 dias que seguem à data de recepção da notificação. O artigo 10.5 do Protocolo satisfaz-se em afirmar, neste caso, que o silêncio “não significa que (a parte importadora) consente ao movimento transfronteiriço intencional”. Incontestavelmente, este vazio jurídico pode ser fonte de problemas na aplicação.

Sem desenvolver mais profundamente este ponto, reservando-o, se necessário, aos debates, conclui-se que a conferência, com base no relatório do Comitê, durante a sua terceira reunião, notou a ausência de comunicações sobre um caso de não-

cumprimento das obrigações por uma parte do Protocolo. A ausência de litígios não significa, no entanto, a aplicação judiciosa das disposições do Protocolo, e o Comitê ressaltou, durante a sua segunda reunião, um conjunto de “questões”, tais como:

- atraso na implementação das medidas regulamentares e administrativas relativas à aplicação do Protocolo, conforme o parágrafo 1 do artigo 2 do Protocolo, e torná-las operacionais;

- número relativamente pequeno de movimentos transfronteiriços de organismos vivos modificados declarados pelo mecanismo de troca para a prevenção de riscos biotecnológicos;

- lacunas na execução cientificamente provada da avaliação dos riscos (artigo 15), na implementação e na aplicação das medidas de gestão dos riscos e da vigilância (artigo 16), relativos aos possíveis efeitos desfavoráveis dos organismos vivos modificados na conservação e na utilização duradoura da diversidade biológica, levando, igualmente, em conta os riscos para a saúde humana;

- medidas limitadas ou inexistentes tomadas pelas Partes para incentivar e facilitar a sensibilização e a participação na transferência, na manipulação e na utilização segura de organismos vivos modificados e facilitar o acesso do público ao mecanismo de troca sobre a prevenção dos riscos biotecnológicos.

Para concluir, ressaltamos o fato de que os vestígios de internacionalismo, inter-governamentalismo, numerosos no Protocolo, não indicam a sua efetividade. A análise das outras convenções internacionais provou que o estímulo ao respeito do direito e o efeito *name and shame*, obtido pela decisão meramente simbólica, transmitem inegável efetividade. De outro lado, a segunda parte da nossa intervenção procurará evocar as ambigüidades que subsistem quando o Protocolo pretende obter alcance mais vinculativo, quando é fonte de obrigações comunitárias.

### 6.13 A efetividade do Protocolo como fonte de obrigações comunitárias

#### A - Os benefícios do caráter comunitário

Recorda-se que o Protocolo foi aprovado não somente pelo conjunto dos Estados-membros<sup>22</sup> mas também pela Comunidade Européia<sup>23</sup>. Ora, admite-se assim

<sup>22</sup> Lei n° 2003-206 de 12 de março de 2003, [JO N° 61 DU 13 MARS 2003](#) autorizando a aprovação do Protocolo de Cartagena sobre a prevenção dos riscos biotecnológicos relativos à convenção sobre a biodiversidade.

<sup>23</sup> O Protocolo foi assinado em 24 de maio de 2000 pela Comunidade européia e aprovado em nome desta última pela decisão n° 2002/628/CE do Conselho de junho de 2002 (*JOCE n° L 201, 31 juill. 2002, p. 48*).

que as normas convencionais fazem parte das fontes de direito comunitário, ou seja, devem ser consideradas como normas “internas” à ordem jurídica cuja CJCE assegura o respeito. Os compromissos dos Estados-membros ou da Comunidade Europeia que vinculam esta última são parte integrante do direito comunitário e constituem fontes formais<sup>24</sup>. Além disso, as obrigações tornaram-se comunitárias não apenas por aprovação, mas também por incorporação. Estas obrigações foram retomadas por disposições comunitárias de direito derivado e beneficiam-se de uma autoridade nova, a primazia e o efeito direto, aprovado por procedimento de controle cuja efetividade não precisa mais ser demonstrada.

### 1 - A aquisição do caráter comunitário

Materialmente, a incorporação comunitária do Protocolo utilizou duas vias: a da adoção de um regulamento comunitário relativo aos movimentos transfronteiriços de OGM adotado em junho de 2003<sup>25</sup> e a da transposição da diretiva 2001/18/CE sobre a disseminação voluntária de organismos geneticamente modificados no meio ambiente.

O regulamento comunitário tem como objetivo de transpor aos diferentes Estados-membros as obrigações do Protocolo no que diz respeito às exportações de OVM para países terceiros. Com efeito, tratando-se das importações de OGM para a Comunidade, era inútil adotar disposições suplementares, dado que, como parte importadora, a União Europeia pode utilizar a legislação comunitária em vigor.

Ora, estes dois instrumentos comunitários estão em perfeita adequação com o Protocolo, por razões estritamente opostas (para o regulamento de 2003, “comunitarização” do direito internacional e para a diretiva de 2001, “internacionalização” do direito comunitário). Embora formalmente internacionais, as disposições do Protocolo adquiriram, por repercussão, caráter comunitário.

Uma aquisição por identificação: a diretiva 2001/18/CE, inspiradora do Protocolo

O Protocolo não foi adotado num contexto de vazio jurídico, no plano comunitário, como pode ser o caso. A Comunidade mostrou-se muito adiantada nessa área, principalmente em relação aos legisladores nacionais.

Após a adoção, a questão da articulação entre este novo texto internacional e o direito comunitário preexistente foi colocada em pauta. A resposta não foi difícil ser enunciada. A articulação não deveria causar nenhum problema. Formalmente, o Protocolo, no artigo 14-1, reconhece a legitimidade de “acordos e negociações bilaterais,

<sup>24</sup> CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit* ; CJCE, 30 avril 1974, *Haegeman*.

<sup>25</sup> Regulamento n° 1946/2003/CE do Parlamento europeu e do Conselho relativo aos movimentos transfronteiriços de organismos geneticamente modificados (*JOCE n° L 287, 5 novembre 2003, p. 1*).

regionais e multilaterais”, o que cobre o direito comunitário anterior em matéria de OGM.

O Protocolo prevê condição de admissão da legalidade de tais acordos ou negociações: devem estar “em acordo com o objetivo do Protocolo” e não devem conduzir a “um grau de proteção menor do que o previsto pelo Protocolo”. Mas, a comparação entre os dois textos não deixa qualquer dúvida em relação à sua compatibilidade material, que pode ser caracterizada de “filiação”<sup>26</sup>. Contudo, cada texto é o fruto de um compromisso político entre as diferentes partes, e é inevitável que o seu conteúdo apresente algumas diferenças. No entanto, estas diferenças ou são sem consequência, ou já foram suprimidas.

\* Inspirações em todas as categorias

A inspiração manifesta-se, em primeiro momento, de modo geral. Nas suas grandes linhas, os elementos do Protocolo são um prolongamento dos princípios já reconhecidos no plano comunitário. Primeiramente, o âmbito de aplicação do Protocolo, tal como foi definido no artigo 4, imita o do direito comunitário. Ele prevê que o Protocolo é aplicável a todos os “organismos modificados”, definidos como todo organismo “obtido através da biotecnologia moderna”<sup>27</sup>. O critério escolhido para determinar o que entra no âmbito de aplicação tem como base o método de modificação genético empregado.

Ora, encontra-se tal critério nas diretivas comunitárias aplicáveis ao conjunto MGM ou OGM, que “foi alterado de uma maneira que não se produz naturalmente por multiplicação e ou por recombinação natural” (artigo 2 da diretiva 90/219/OCE e 1 da diretiva 90/220/CE). Nos dois textos, é a técnica utilizada para a fabricação do produto, e não as características finais do produto, que desencadeia a aplicação das obrigações.

O Protocolo é muito menos ambicioso que o direito comunitário, dado que, contrariamente, o Protocolo é aplicável apenas aos organismos vivos e aos biologicamente ativos e não integra os produtos não-vivos, mas obtidos de OVM. Contudo, não se trata de diferença de natureza, mas de grau na extensão do âmbito de aplicação dos dois regimes que possuem o mesmo fundamento.

Em segundo lugar, de acordo com a abordagem e, por conseguinte, os princípios consagrados, a concordância é também real. O Protocolo constitui, inegavelmente, um passo importante para a “normalização” do princípio de precaução na área de OGM. “À ausência de dúvida, que anima as grandes liberdades, opôs-se uma perplexidade de princípio em relação a um objeto novo”<sup>28</sup>. Faz-se referência, de maneira formal, ao

<sup>26</sup> Cf. minha contribuição na obra sobre o comércio internacional dos OGM.

<sup>27</sup> Artigo 3.

<sup>28</sup> HERMITTE (M-A.) et NOIVILLE (C.), Marrakech et Carthagène comme figures opposées du commerce international in BOURRINET (J.) et MALJEAN-DUBOIS (S.), *Le commerce international des OGM*, op. cit., p. 319.



indispensável respeito da abordagem da precaução. Com efeito, tanto o considerando 4 como o artigo 1 do texto referem-se à “abordagem de precaução consagrada pelo princípio 15 da Declaração do Rio sobre o meio ambiente e o desenvolvimento”. Muito além destas referências formais, o Protocolo deu a esta abordagem verdadeiro valor operacional, integrando-o, plenamente, às regras que governam a decisão de autorização de importação de um OVM, primeiramente, à fase de avaliação científica<sup>29</sup> e, em seguida, às disposições relativas à gestão dos riscos.

Dois artigos, o artigo 10, relativo ao procedimento de decisão de direito comum, e o artigo 11, relativo ao procedimento excepcional aplicável aos OVM destinados a serem utilizados diretamente na alimentação humana ou animal ou a serem transformados, dispõem, nos parágrafos 6 e 8, que: “a ausência de certeza científica devido à insuficiência de informações e de conhecimentos científicos relevantes em relação à extensão dos efeitos desfavoráveis potenciais de um OVM (...) não impede esta parte (importador) de tomar uma decisão (...) para evitar ou reduzir ao mínimo estes efeitos potenciais desfavoráveis”. Estas disposições, que clarificam o direito de dizer não a uma importação, incluindo o caso de justificação científica pouco clara, constituem uma aplicação do princípio de precaução.

Ora, é este mesmo princípio que fundamenta o dispositivo comunitário na matéria. Com efeito, o princípio de precaução não foi explicitamente inserido nas duas diretivas básicas que faziam referência apenas ao princípio de ação preventiva. No entanto, a aplicação do conceito de precaução pelo regime comunitário é muito nítida e admitida pelo conjunto dos observadores. Com efeito, a referência expressa a este princípio no dispositivo da diretiva 2001/18/CE sobre as disseminações voluntárias OGM conforta tal idéia.

Se entrarmos no detalhe das obrigações positivas do Protocolo, pode ser feita a mesma constatação de forte impregnação do direito comunitário no Protocolo. A disposição essencial deste Protocolo é do artigo 7 deste texto intitulado “aplicação do procedimento de acordo prévio com conhecimento de causa”. Ora, este procedimento comporta etapas similares às impostas pelos procedimentos comunitários de autorização prévia. Encontra-se, nestes dois textos, a etapa da notificação<sup>30</sup> que o utilizador ou a parte exportadora de um OVM deve satisfazer e a etapa de autorização expressa da parte importadora do Protocolo, do Estado referido ou da Comunidade no direito comunitário.

Tais obrigações processuais não são novas. É possível encontrar mecanismos do mesmo tipo em certas convenções internacionais, como, por exemplo, a convenção

<sup>29</sup> Ponto 4 do anexo III, do Protocolo de biossegurança. No anexo III, que traça as diretrizes para esta avaliação, o Protocolo integra as hipóteses de incertezas científicas, pois enuncia que “*não é necessário deduzir da ausência de conhecimentos ou de consensos científicos a gravidade de um risco, a ausência de risco ou a existência de um risco aceitável*”

<sup>30</sup> Tal obrigação está presente não somente na diretiva 90/219/CEE, em seus artigos 8, 9 e 10, mas também na diretiva 90/220/CEE, em seus artigos de 5 a 11.



de Basiléia de 22 de março de 1989 “sobre o controle dos movimentos transfronteiriços de desperdícios perigosos e de sua eliminação”. Com efeito, se há uma novidade, ela não vem do conteúdo das obrigações fixadas por este procedimento, mas do campo de aplicação destas obrigações.

Nas outras convenções, estes mecanismos são aplicáveis a uma lista de substâncias cuja periculosidade foi demonstrada; no Protocolo, são aplicáveis a produtos cujos riscos são hipotéticos. Ora, é neste ponto que o Protocolo alia-se à abordagem comunitária.

#### \* Diferenças não significativas

Há algumas diferenças entre os dois regimes, contudo não são significativas e resultam em um dispositivo comunitário sistematicamente “mais protetor” do que o Protocolo. É o caso dos OGM ditos “alimentares”.

O artigo 7-2 do Protocolo ressalta que o procedimento de acordo não se refere “aos OVM destinados a serem utilizados diretamente na alimentação humana ou animal, ou a serem transformados”. Para estes últimos, prevê-se um procedimento específico fixado no artigo 11, que apresenta diversas diferenças com o procedimento de direito comum, tendo em vista que ele constitui simples procedimento de notificação e não de autorização.

Ora, sobre este ponto, o Protocolo é considerado menos avançado que o direito comunitário, pois assimila a comercialização dos OGM destinados à alimentação, ou seja, a procedimento de autorização prévio idêntico ao procedimento de direito comum. O procedimento de autorização dos produtos destinados à alimentação é diferente quando se aplica o Protocolo ou o direito comunitário. No Protocolo, as obrigações do exportador são mais limitadas quando se exporta um produto destinado à alimentação; no direito comunitário, entretanto, o utilizador possui as mesmas obrigações se pretende colocar no mercado um produto alimentar. Delicada na prática, esta diferença não é, no entanto, significativa no plano jurídico. Assim como a maior parte das convenções internacionais de proteção, o Protocolo prevê a possibilidade de os Estados adotarem medidas “mais rigorosas” do que as suas disposições desde que respeitem os seus objetivos e as outras obrigações internacionais<sup>31</sup>.

Neste contexto, as diferenças não deveriam ter muitas consequências, a não ser a de fazer do Protocolo um prolongamento incompleto do direito comunitário em nível internacional. Mas, o que fazer no caso de diferenças “invertidas” ou seja, quando o Protocolo está mais avançado do que o direito comunitário? Neste contexto, a situação poderia ser problemática. Contudo, primeiramente, é excepcional e, em segundo lugar,

31 Artigo 2-4.

foi suprimida. O artigo 18 do Protocolo relativo à rotulagem dos OGM é menos avançado em relação ao direito comunitário. O Protocolo impõe apenas uma indicação clara da especificidade dos OVM sem qualquer outra precisão (artigo 18-2b e c).

Ao contrário, no plano comunitário, se a diretiva nº 90/220/CEE, na formulação inicial, previu também uma obrigação de rotulagem, sem precisar as normas de execução, desde esta data, houve alterações, certas obrigações mínimas quanto ao conteúdo do rótulo são previstas pelos textos comunitários, e um limiar, “abaixo do qual estes produtos não precisam ser etiquetados”, foi fixado. Para os OVM destinados a serem utilizados diretamente para a alimentação humana e animal, as disposições são mais reduzidas e tornam a incoerência com o direito comunitário mais explícita. O Protocolo prevê que a documentação destes OVM “indica claramente que eles podem conter organismos vivos modificados”<sup>32</sup>.

Ora, é necessário recordar que tal menção “pode conter” foi suprimida no plano comunitário, primeiro, em nível setorial para os alimentos à base de milho e de soja modificados<sup>33</sup>, em seguida, em nível horizontal para todos os OGM destinados à disseminação no meio ambiente<sup>34</sup>. Apesar de tais retrocessos, sobre um ponto, o Protocolo ultrapassou o direito comunitário.

As obrigações mínimas do Protocolo visam a todos os OVM destinados à alimentação. Pelo contrário, em direito comunitário, a rotulagem dos alimentos procedentes de modificação genética é obrigatória apenas se é possível provar que este alimento não é “substancialmente equivalente” aos produtos clássicos, ou seja, que possui características diferentes de um alimento tradicional<sup>35</sup>. No entanto, nos últimos regulamentos de julho de 2006, houve uma proposta da parte da Comissão em prol do abandono do critério de “equivalência substancial”.

Uma aquisição por transposição: um regulamento “destacado” do Protocolo

Adotado em um contexto comunitário denso, o Protocolo deveria, no entanto, ter, pelo menos, uma vantagem: permitir completar a legislação comunitária aplicável às importações de OGM para a União Européia, por meio de disposições específicas às exportações de OGM em países terceiros. Estas exportações que não são cobertas pelo direito comunitário deveriam, após a adoção do Protocolo, ser governadas pelas obrigações do Protocolo relativas aos movimentos transfronteiriços não intencionais de OGM.

<sup>32</sup> Artigo 18-2-a.

<sup>33</sup> O regulamento nº 1139/98 du Conseil du 26 mai 1998 sobre a menção obrigatória na rotulagem de certos gêneros alimentares produzidos a partir de OGM, de informações diferentes das previstas pela diretiva 79/112/CEE, J.O.C.E nº L 159 du 3 juin 1998, p. 4.

<sup>34</sup> A diretiva 2001/18/CE, abrogando a diretiva 90/220/CEE, ressaltou a questão da informação do público. Neste contexto, não é surpreendente que novos desenvolvimentos quanto à rotulagem dos produtos que consistem ou contêm OGM fossem previstos. O objetivo anunciado no considerando 40 que sublinha a necessidade de garantir uma identificação da presença de OGM é mencionar, claramente, os termos “este produto contém OGM” em um rótulo ou em um documento acompanhando”. Tal obrigação reforçada é incluída no artigo 21.

<sup>35</sup> Cf. no artigo 8 do regulamento « novos alimentos ».

Ora, na matéria, o legislador comunitário demonstrou fidelidade sem falha no que diz respeito à ordem jurídica internacional. Como em outras áreas, a Comissão manifesta a preocupação de levar em conta os objetivos da comunidade internacional para definir as suas prioridades.

Com efeito, a União e os seus Estados-membros desempenharam, nesta matéria, um papel de líder na diplomacia ambiental, como mostra, por exemplo, a vontade de impor a Convenção das Nações Unidas sobre a biodiversidade em detrimento da OMC. Contudo, esta não é uma explicação suficiente para justificar que a agenda comunitária seja elaborada em função das negociações internacionais. Esta ligação provém de vontade expressa cujas implicações são visíveis dado que, nestes últimos anos, a única inovação real e específica da Comunidade é a adoção de diretiva sobre a responsabilidade dos prejuízos ambientais. Em seguida, a referência à agenda internacional não deveria levar a Comunidade a renunciar a uma ação normativa ambiciosa. As suas normas podem ser mais estritas do que as dos instrumentos internacionais existentes. No entanto, e isto é também uma manifestação da vontade forte “de distinguir-se” do direito internacional, com base na leitura de textos recentes, constata-se que ela se insere em abordagem minimalista. Assim, o regulamento de 2003 sobre os movimentos transfronteiriços de organismos geneticamente modificados é significativo, dado que vai muito além das disposições do Protocolo de Cartagena. Com efeito, o regulamento impõe, pelo modelo do Protocolo, uma série de obrigações aos exportadores, principalmente a notificação das exportações ao país de importação e a transmissão de informações ao Centro de trocas de informações.

Pode-se, no entanto, encontrar uma modificação em um ponto não-negligenciável. Prevê-se que, se, nos 270 dias que seguem a recepção da notificação, o importador ainda não respondeu ao exportador, este último pode enviar um documento à autoridade nacional do importador, exigindo resposta nos 60 dias posteriores. O regulamento tenta superar as perspectivas de bloqueio e de protecionismo geradas pelo Protocolo, que requer o acordo explícito do país importador, mas não prevê como sair do impasse no caso de não-cumprimento.

## 2 - As manifestações do caráter comunitário

À primeira vista, a comunitarização beneficia o Protocolo, que ganha efetividade, pois a aplicação nacional, em especial legislativa, é sujeita à pressão comunitária, inegavelmente mais forte do que a exercida no plano internacional, por, pelo menos, duas razões: as disposições comunitárias beneficiam um efeito direto, e o seu respeito é objeto de garantia específica, o procedimento por não-cumprimento. A obrigação dos Estados-membros de aplicação do direito comunitário é objeto de um mecanismo de

controle, o de recurso por não-cumprimento<sup>36</sup>, de incontestável eficácia<sup>37</sup>, pois “faz prevalecer os interesses comunitários consagrados pelos tratados em relação à inércia ou à resistência dos Estados-membros”<sup>38</sup>, em relação aos mecanismos internacionais clássicos. A este mecanismo comunitário acrescentam-se as vias de recursos internas quando a disposição comunitária beneficia o efeito direto.

### Uma implementação facilitada

Se, em regra geral, o instrumento de harmonização na área do meio ambiente é a diretiva e, excepcionalmente, o regulamento, a situação inverte-se na nossa área. Sobre a totalidade dos textos de produtos procedentes dos OGM, o regulamento ocupa um lugar preponderante. Se os textos de base são diretivos, têm vocação a serem substituídos por textos específicos para cada categoria de produtos<sup>39</sup>. Ora, estes são majoritariamente regulamentos. Os dois *corpus* de regras setoriais mais completos sobre os medicamentos procedentes da biotecnologia e sobre os produtos alimentares geneticamente modificados são fixados por regulamentos. Aliás, a apropriação do Protocolo foi realizada pela via regulamentar, o que não é trivial.

A opção em prol do regulamento não é neutra. O regulamento, ato de alcance geral<sup>40</sup>, é obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em qualquer Estado-membro. Pode-se afirmar, por esta razão, que é a expressão de um “poder normativo completo”<sup>41</sup>. Contrariamente à diretiva que vincula os Estados apenas quanto ao resultado a ser atingido, o regulamento altera legalmente a situação jurídica dos sujeitos de direito comunitário<sup>42</sup>. Os Estados-membros não possuem, em princípio, nenhuma margem de manobra<sup>43</sup> neste caso, se, às vezes, adotarem certas medidas nacionais de aplicação ou execução do regulamento. O fato de tal ato ser diretamente aplicável acentua a estreiteza da margem de operação deixada aos Estados-membros na matéria em que um regulamento foi adotado. Alguns afirmaram que o regulamento era uma “fonte direta de unificação das legislações”<sup>44</sup>.

36 Nos termos do artigo 226 TCE, “se a Comissão considera que um Estado-membro não cumpriu as obrigações que lhe incumbem em virtude do presente tratado, ela emite um parecer fundamentado a este respeito, após colocar este Estado em condições de apresentar as suas observações. Se o Estado em causa não se conforma a este parecer no prazo determinado pela Comissão, esta pode ir sair do Tribunal de Justiça”.

37 O desencadeamento do procedimento é reservado a um órgão independente, a Comissão que aprecia livremente a oportunidade de lançar uma ação e de emitir um parecer fundamentado e, por último, ir diante do Tribunal quando o Estado-membro não levou o não-cumprimento à expiração do prazo fixado pelo parecer fundamentado. O acórdão do Tribunal que constata o não-cumprimento é obrigatório. As autoridades nacionais devem tomar as medidas necessárias para pôr um termo ao não-cumprimento o que implica que adote as medidas nacionais. No caso de não-cumprimento do acórdão, a Comissão pode iniciar um procedimento de não-cumprimento. O artigo de 228-2 TCE permite ao Tribunal infligir ao Estado-membro que não se conformou ao seu acórdão o pagamento de uma soma ou uma multa.

38 CJCE, 15 juillet 1960, *Pays-Bas c/ Haute Autorité*, aff. 25/59, *Rec.* p. I-723, spéc. p. 761.

39 Artigo 10-2, Directive 90/220/CEE substituído pelo artigo 12, Directive 2001/18/CE.

40 CJCE, 14 décembre 1962, *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes c. Conseil*, aff. 16 et 17/62, *Rec.*, p. 901 : le règlement est en effet applicable « non seulement à des destinataires limités, désignés ou identifiables, mais à des catégories envisagées abstraitement et dans leur ensemble ».

41 BOULOUIS (J.) CHEVALLIER (R.-M.), *Grands arrêts de la CJCE*, Sirey Paris, 1994, t. 1, p. 31.

42 MASCLÉ (J.-C.), « Règlement », *Répertoire communautaire*, Vol. 3, Dalloz.

43 Por exemplo, o caráter obrigatório do regulamento elimina o jogo das reservas formuladas pela sua adoção (CJCE, 7 février 1973, *Commission c/ Italie*, aff. 39/73, *Rec.* p. 101).

44 LOUIS (J.-V.), Le règlement, source directe d'unification des législations in *Les instruments du rapprochement des*

## Uma implementação enquadrada

Quando a harmonização é feita sob a forma de uma diretiva, as coisas complicam-se. Com efeito, as disposições das diretivas não têm efeito automaticamente direto, pois é necessário que sejam claras, precisas e incondicionais, o que não é sempre o caso. Além disso, a diretiva, contrariamente ao regulamento, deve ser transposta no Estado-membro.

Trata-se, em certa medida, da primeira etapa de implementação no plano nacional. Ora, esta transposição, principalmente na França, mas não somente, sofreu numerosos atrasos que testemunham fortes resistências e controvérsias sobre este ponto. Mas, estes atrasos são apenas suspensões, dado que as instituições comunitárias possuem o instrumento do recurso por não-cumprimento.

Há grande frequência de casos de não-transposição das diretivas em matéria de OGM. As primeiras diretivas, por exemplo, já testemunharam vários atrasos. Nos termos do artigo 22 da diretiva 90/219 e do artigo 23 da diretiva 90/220, os Estados-membros deveriam colocar em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para conformarem-se a estas diretivas antes de 23 de outubro de 1991. Na época do primeiro relatório de síntese realizado pelos serviços da Comissão sobre a aplicação destes textos<sup>45</sup>, Bélgica, Grécia e Luxemburgo ainda não tinham tomado as medidas necessárias para a adaptação do seu direito nacional<sup>46</sup>. Estes três países foram condenados por não-cumprimento pela Corte: Grécia e Luxemburgo, por não terem transposto as duas diretivas<sup>47</sup>; Bélgica, por não ter transposto a diretiva 90/220/CEE de 23 de abril de 1990<sup>48</sup>.

A França foi, além disso, condenada por transposição incorreta da diretiva 90/219/CEE<sup>49</sup> e da diretiva 90/220/CEE<sup>50</sup>. Este atraso, acompanhado de transposições incorretas, foi igualmente constatado em relação às novas diretivas. Assim, a Bélgica foi condenada por não-cumprimento, porque não tomou, no prazo fixado, todas as disposições necessárias para conformar-se à diretiva 98/81/CE do Conselho, de 26 de

*législations dans la Communauté économique européenne*, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, 1976, p. 15.

45 DOC XI/801/93/FR

46 A transposição ocorreu na França (lei n° 92-654 de 13 de julho de 1992), na Dinamarca (lei n° 356 de 6 de junho de 1991), no Reino Unido (Modificação da lei de 1974 entrada em vigor 1 de fevereiro de 1993), na Alemanha (Lei Gentechnikegesetz de julho de 1990), na Irlanda (lei promulgada em 23 de abril de 1992), nos Países Baixos (Série de textos que entrou em vigor em 1 de outubro de 1993), na Espanha (Lei de junho de 1994) e na Itália (Lei-quadro de 19 de fevereiro de 1992).

47 CJCE, 29 juin 1995, *Commission contre République hellénique*, aff. C-170/94, Rec. p. I-01819. CJCE, 17 octobre 1996, *Commission contre Grand Duché du Luxembourg*, aff. C-312/95, Rec. p. I-05143.

48 CJCE, 9 juillet 1998, *Commission contre Royaume de Belgique*, aff. C-343/97, Rec. p. I-4291.

49 CJCE, 27 novembre 2003, *Commission c/ France*, Aff. C-429/01, JOCE n° 21 du 24-01-2004, Rec. p. I- 4.

50 As autoridades francesas escolheram proceder à transposição desta diretiva por setores de atividade ou de produtos. O governo francês indica que, à data do 6 de outubro de 2001, 98 textos relativos aos OGM foram adotados. A Comissão, contudo, chegou à conclusão de que, sob diversos aspectos, a aplicação da diretiva pelas autoridades francesas era insuficiente e incompleta. As respostas fornecidas pelo governo francês na carta de 16 de março de 1998 e o parecer fundamentado de 5 de abril de 2000 foram julgados insatisfatórios pela Comissão, que entrou, por pedido de 24 de julho de 2001, com um recurso por não-cumprimento contra a França. O acórdão foi emitido em 1 de janeiro de 2004, Aff. C-296/1, JO n° 7 do 10-01-2004, p. 9: conclui pelo não-cumprimento da França.



outubro de 1998, relativa à utilização confinada MGM<sup>51</sup>.

A Espanha sofreu condenação similar<sup>52</sup>. Além disso, doze países ainda não tinham adotado e notificado as disposições nacionais que transpõem a diretiva 2001/18/CE, mesmo se o prazo fixado pela diretiva em 17 de outubro de 2002 já tivesse sido ultrapassado. Tratava-se de França, Luxemburgo, Bélgica, Países Baixos, Alemanha, Itália, Irlanda, Grécia, Espanha, Portugal, Áustria e Finlândia. O Reino Unido comunicou, apenas parcialmente, as suas medidas. Após o envio de carta de notificação e de pareceres fundamentados, como onze países ainda não tinham assegurado a implementação integral da diretiva revista em maio de 2003<sup>53</sup>, a Comissão decidiu confrontá-los diante da Corte. A maioria dos acórdãos que concluíram pelo não-cumprimento destes Estados já foram publicados, e um entre eles refere-se, logicamente, à França<sup>54</sup>.

Admite-se, com efeito, que os atrasos de transposição ou de transposição incorreta não continuam e são sempre resultado de vontade deliberada. São justificados “pela complexidade da regulamentação a ser instaurada”, e não por verdadeira “reserva dos Estados-membros”<sup>55</sup>. É este, aliás, o argumento apresentado pelos Estados atrasados<sup>56</sup>. A não-transposição é, neste contexto, temporária. No entanto, não é esta a única explicação. O caso da transposição francesa da diretiva 90/220/CEE é revelador. Certas infidelidades são discutíveis, pois são ligadas ao caráter, às vezes, obscuro do texto comunitário. Mas, outras são manifestas<sup>57</sup> e testemunham vontade de subtrair certas obrigações da diretiva. Tratando-se das diretivas revistas, tal explicação parece insuficiente, dado que as revisões não perturbam o dispositivo inaugurado pelas diretivas de 1990. Trata-se, inegavelmente, de manifestação de resistência por parte dos Estados-membros que, quando voluntárias, podem durar. É o que ocorreu no presente caso

51 CJCE, 13 mars 2003, *Commission c/ Royaume de Belgique*, aff. C-436/01, non publiée.

52 CJCE, 13 mars 2003, *Commission c/ Espagne*, aff. C- 333/01, non publié.

53 França, Luxemburgo, Alemanha, Itália e Grécia não responderam ao parecer fundamentado. No que diz respeito à Bélgica, embora as medidas de execução projetadas em nível federal fossem comunicadas à Comissão em resposta ao parecer fundamentado, nenhuma indicação foi dada quanto à data de adoção da legislação. Na resposta ao parecer fundamentado, a Irlanda repetiu que medidas de execução estavam sendo preparadas, mas não comunicou as projetadas nem indicou o calendário proposto para a sua adoção. A Espanha notificou uma nova legislação primária que deve, contudo, ser completada por um decreto real não adotado nem enviado à Comissão. Na sua resposta, a Áustria pôs a Comissão a par das medidas tomadas, para introduzir uma legislação de aplicação no Parlamento, mas ainda não foi adotada. As respostas dos Países Baixos e da Finlândia continham uma cópia das medidas de execução projetadas, mas ainda não tinham sido adotadas.

54 Le 27 janvier 2005 contre la Grèce (aff. C-416/03), le 28 novembre 2004 contre l'Autriche (aff. C-421/03), 18 novembre 2004 contre les Pays-Bas (aff. C-422/03), le 30 septembre 2005 contre le Belgique (aff. C-417/03), le 16 septembre 2004 contre la Finlande (aff. C-423/03), le 15 juillet 2004 contre la France (aff. C-419/03) et contre l'Allemagne (aff. C-420/03),

55 GALLOUX (J-C.), *Commentaire de l'arrêt de la Cour du 17 octobre, Commission c/Luxembourg in chronique « Droit des biotechnologies »*, Dalloz, 1998, *Sommaires commentés*, p. 165.

56 Pour exemple, c'est l'argument du Luxembourg : voir point 7, CJCE, 17 octobre 1996, *Commission c/ Grand Duché du Luxembourg*, aff. C-312/95, *Rec. p. I-05143*.

57 Cf. o ponto 32 e sgs das conclusões do advogado-geral MISCHO, 22 de maio de 2003, Comissão c/França, aff. 296/01 relativo à transposição do artigo 6-2. O advogado-geral compartilha o ponto de vista da Comissão. “Com efeito, a diretiva obriga o Estado-membro a tomar uma decisão explícita e fundamentada nos noventa dias da introdução do pedido, e a República francesa não poderia eximir-se do direito comum nacional que assimila a ausência de decisão a uma decisão implícita de rejeição para justificar uma divergência manifesta em relação às disposições expressas da diretiva.” Parece-me, assim, que sobre este ponto o não-cumprimento é fundado”.

Contudo, a arma do não-cumprimento é, no final das contas, eficaz, pois os Estados não têm outras soluções a não ser transpor o texto. De um lado, os acórdãos por não-cumprimento têm apenas um caráter declaratório, e o Tribunal limita-se a constatar a violação do direito comunitário, e são os Estados-membros que executam as prescrições do Tribunal. Entretanto, a inexecução de um acórdão pode levar a outra condenação ou a sanções pecuniárias cujo montante é relativamente elevado.

O caso francês testemunha isto. Dois acórdãos por não-cumprimento à diretiva 90/219/CEE, de 27 de fevereiro de 2003 e à diretiva 2001/18, de 15 de julho de 2004 foram publicados contra a França. No que diz respeito à transposição da diretiva 90/219, o projeto de decreto foi finalizado há vários anos e transmitido ao Conselho de Estado, em 2004, que ainda não se pronunciou sobre este texto, pois considera que "seria juridicamente infundado adotar tal decreto se as medidas legislativas de transposição não foram promulgadas". Um projeto de lei, não publicado, deveria ter sido submetido ao Parlamento no outono de 2003, mas a proposta foi afastada em 2005, após a publicação do relatório de uma missão de informação parlamentar<sup>58</sup>. Como nada aconteceu, no dia 5 de julho de 2005, a Comissão enviou à França duas advertências por falta de execução dos dois acórdãos. A Comissão decidiu, em dezembro de 2005, entrar na CJCE por uma condenação pecuniária<sup>59</sup> por má transposição da diretiva 90/219/CE, e o projeto, repentinamente, tornou-se público.

No dia 8 de fevereiro passado, o ministro do ensino superior e da pesquisa apresentou no Conselho de Ministros um projeto de lei relativo aos OGM<sup>60</sup>. A transposição ainda não foi realizada, pois, após a leitura do Senado, o projeto deve passar pela Assembléia nacional. Ora, diante dessas controvérsias nesta matéria, pode-se imaginar que o seu exame corre o risco de ser postergado. O projeto não foi, com efeito, examinado antes do verão, e, oficialmente, a sessão parlamentar está com a agenda cheia. Este projeto deveria ser estudado no outono, mas muitos pensam que ele não seria discutido antes das eleições presidenciais de 2007.

## B - As resistências ao caráter comunitário

### 1- A indisciplina dos Estados

A transposição legislativa não representa tudo. A implementação implica, também, uma aplicação administrativa das disposições adotadas. No presente caso, alguns Estados, e principalmente a França, demonstram forte reticência à implementação

<sup>58</sup> Cf. o relatório da Assembléia Nacional em nome da Missão de informação sobre os *enjeux des essais et de l'utilisation des organismes génétiquement modifiés*, Président, Mr Jean-Yves le Déaut, Rapporteur, Mr Christian Ménard, n° 2254, le 13 avril 2005.

<sup>59</sup> Em primeiro de fevereiro de 2006, a Comissão propôs o pagamento de 168.800 euros por dia, a contar do segundo julgamento esperado para outubro próximo.

<sup>60</sup> Cf. o relatório feito em nome da comissão de Relações Econômicas sobre o *projet de loi relatif aux organismes génétiquement modifiés*, par M. Jean BIZET, Sénateur, n° 258, 15 mars 2006.



correta do texto em todas as fases do procedimento de autorização, de maneira totalmente desordenada, ilegal e legal.

### A proibição *in fine* da comercialização

Como ocorre freqüentemente em uma harmonização, os Estados-membros possuem possibilidades de derrogação, definitivas ou provisórias. Parecia inconcebível que a escolha da harmonização conduzisse a suprimir totalmente a possibilidade para os Estados-membros de defender certos interesses nacionais essenciais, em especial os interesses relativos à proteção da saúde e do meio ambiente. Esta é a razão de ser do artigo 16 da antiga diretiva 90/220/CEE que se tornou o artigo 23, um Estado pode limitar ou proibir provisoriamente em seu território a utilização e ou a venda de OGM como produto ou elemento de produto que foi objeto de uma autorização se ele considera que este OGM apresenta risco ao homem ou ao meio ambiente. Esta cláusula de salvaguarda abre uma competência importante para os Estados-membros, tanto para o Estado visado pela notificação como para os outros, pois permite, em caso extremo, não aplicar ou aplicar parcialmente a decisão de autorização comunitária. No acórdão de 21 de março de 2000<sup>61</sup> já evocado, a Corte ressaltou a importância desta possibilidade que considerou como uma expressão "suficiente"<sup>62</sup> do princípio de precaução porque confere aos Estados-membros, junto com outros mecanismos<sup>63</sup>, uma latitude de apreciação do risco.

Esta via de derrogação foi explorada de modo não negligenciável pelos Estados-membros. Vários Estados-membros invocaram rapidamente, por diversas vezes, o artigo 16 da diretiva 90/220/CEE, para proibir, provisoriamente, em seu território, a comercialização de produtos à base de milho e de colza geneticamente modificados; são eles: Áustria<sup>64</sup>, Luxemburgo<sup>65</sup>, França<sup>66</sup>, Grécia<sup>67</sup>, Alemanha<sup>68</sup> e Itália<sup>69</sup>. No total, a cláusula de salvaguarda já foi invocada por Estados-membros em nove ocasiões. No exemplo da França, em novembro de 1998, o Governo decidiu suspender, por dois anos, toda a comercialização de beterraba e colza geneticamente modificadas em razão de incertezas persistentes em relação ao impacto da disseminação destas plantas, suscetíveis de serem interfecundadas com plantas selvagens aparentadas. Esta decisão

61 CJCE, 21 mars 2000, *Association Greenpeace France e.a et Ministère de l'agriculture et de la pêche e.a.* aff. C-6/99, affaire C-6/99, Rec. p. I-1651.

62 Point 44, aff. C-6/99.

63 O juiz comunitário recorda que tal latitude existe também de modo ascendente: com efeito, após a notificação do requerente, é à autoridade nacional competente que cabe decidir transmitir este pedido em nível comunitário.

64 Prohibition à la commercialisation du maïs Bt-176, MON 810, T25, JO fédéral du 13 février 1997, 10 juin 1999 et 28 avril 2000.

65 Prohibition de la commercialisation du maïs Bt-176 conformément à l'ordonnance ministérielle du 7 février 1997, JOC du Grand Duché de Luxembourg, A-n° 10, 28 février 1997, p. 618.

66 Prohibition à l'importation, la vente et la commercialisation de semences de colza MS1/RF1 et issues de Topas 192, JORF, 18 novembre 1998, p. 17379, ajouts publiés au JORF n° 267, 30 août 2001, p. 13903.

67 Prohibition à l'importation, la vente et la commercialisation de semences de colza Topas 19/2, JO de la République hellénique n° 1008 du 25 septembre 1998, p. 3.

68 Prohibition à la commercialisation du maïs Bt-176 par une décision administrative BGBl, II, n° 45/97.

69 Prohibition de la vente et de l'utilisation des maïs T25, MON 209 et 810 et Bt-11 par décret du 4 août 2000 du Président du Conseil des ministres.

não deveria suscitar dificuldades, e nenhum processo foi instruído.

Em contrapartida, a colza geneticamente modificada foi objeto de decisões favoráveis da Comissão e deveria ser autorizada na totalidade do território comunitário<sup>70</sup>. Duas deliberações<sup>71</sup> de 16 de novembro de 1998 suspenderam, por um período de dois anos, em virtude do artigo 16 da diretiva 90/220/CEE, a comercialização das duas únicas variedades de colza geneticamente modificada que foi objeto de decisão favorável da Comissão. Ademais, duas deliberações do ministro da Agricultura e da Pesca, de 26 de julho de 2001<sup>72</sup>, suspenderam novamente, por um período de dois anos, a comercialização de duas variedades de colza geneticamente alterada.

Uma vez autorizada no plano comunitário, o Estado a quem foi dirigida a notificação deve “consentir” a comercialização. O artigo 13-4 da diretiva 90/220/CEE enunciava que “quando a Comissão tomou uma decisão favorável, a autoridade competente que recebeu a notificação inicial deve dar o seu consentimento”; assim, é previsto que a autoridade competente entregue “por escrito a sua autorização para a comercialização”<sup>73</sup>. A CJCE, no seu acórdão de 21 de março de 2000<sup>74</sup>, confirmou o caráter ligado à competência nacional na presente fase. De acordo com o Tribunal, “a autoridade competente que transmitiu o pedido, com parecer favorável, à Comissão, deve emitir o consentimento por escrito que permite a comercialização do produto”<sup>75</sup>.

A decisão adotada em nível comunitário impõe-se, logicamente, ao Estado destinatário da notificação e aos outros Estados-membros. Contudo, esta obrigação não foi preenchida corretamente. Durante vários anos, alguns Estados-membros decidiram não autorizar a emissão de autorização de comercialização e aplicar uma moratória sobre as autorizações de comercialização. Assim, duas das decisões relativas às variedades de colza foram instruídas e transmitidas à Comissão com parecer favorável pela França em julho de 1995. O procedimento comunitário resultou em duas autorizações de comercialização<sup>76</sup>.

Contudo, a França não deu o seu “consentimento por escrito”. Conseqüentemente, estes tipos de colza foram, de fato, proibidos em toda a União Européia. Outros países, como Áustria, Luxemburgo, Grécia e Alemanha, sem utilizar explicitamente o artigo 16, também se opuseram à entrada, em seus territórios, de certos produtos OGM

70 Cf. as decisões n° 96/158/CE, JOCE n° L 37 du 15/02/1996, pp. 30-31 e decisão n° 98/291/CE, JOCE n° L 131, 5/05/1998, pp. 26-27.

71 JO n° 267, 18 novembre 1998.

72 AGRG 0101509A et 0101510A, JO, 30 août 2001.

73 Artigo 15-3, Diretiva 2001/18/CE.

74 CJCE, 21 mars 2000, *Association Greenpeace France e.a et Ministère de l'agriculture et de la pêche e.a.*, op. cit. Voir par exemple, BERROD (F.), Notes sous l'arrêt de la CJCE, 21 mars 2000, *Europe*, mai 2000, p. 20 ou GALLOUX (C.), Notes sous l'arrêt du 21 mars 2000 in chronique « Droit des biotechnologies », *Le Dalloz*, 2001, n° 17, pp. 1358-1360.

75 Ponto 47, aff. C-6/99.

76 Decisão 97/393/CE da Comissão de 6 juin 1997 concernant la mise sur le marché de colza génétiquement modifié (*Brassica napus* L. oleifera Metzg. MS1, RF2) JOCE n° L 164 du 21/06/1997 p. 0040 – 0041 et Décision 97/392/CE de la Commission du 6 juin 1997 concernant la mise sur le marché de colza génétiquement modifié (*Brassica napus* L. oleifera Metzg. MS1, RF1), JOCE n° L 164 du 21/06/1997 p. 0038 – 0039.

devidamente autorizados.

O contorno dos procedimentos:

Os procedimentos comunitários disponíveis

O quadro comunitário aplicável a estas proibições nacionais é muito presente. Tal utilização, mesmo se freqüente, criaria um problema específico, dado que as derrogações são citadas expressamente nos textos de harmonização. Os textos são límpidos na área das cláusulas de salvaguarda. Porque conduzem à ruptura na uniformidade da aplicação da decisão comum de autorização de comercialização, as condições de sua ativação são muito rigorosas. Entre 1990 e 2001, o rigor foi aumentado. No início, as condições eram essencialmente temporais, ainda que nenhum prazo estrito tivesse sido enunciado. Com efeito, o Estado deveria “possuir uma razão válida” de pensar que o emprego ou a comercialização de tal OGM autorizado em nível comunitário apresentava riscos para a saúde ou o para o meio ambiente. Primeiramente, a cláusula de salvaguarda poderia ser desencadeada apenas uma vez, e a autorização, emitida no plano comunitário. Em seguida, esta cláusula possuía validade apenas provisória. O Estado-membro deveria comunicar “imediatamente”<sup>77</sup> a sua decisão e seus motivos à Comissão, que, por sua vez, deliberaria novamente sobre o caso. Nenhum prazo preciso era fixado, mesmo se este pudesse ser deduzido<sup>78</sup>. Com a nova diretiva, as condições não foram alteradas, mas seriamente sobrecarregadas: os prazos e os motivos devem ser especificados. Nos termos do artigo 23, apenas a existência “de informações novas ou complementares, disponíveis após a autorização”, levam a concluir que os OGM apresentam um risco e podem justificar o recurso a esta cláusula. Além disso, com base nestas informações, o Estado-membro deve ter uma suspeita de risco sanitário ou ambiental não somente “válida” mas também “precisa”, o que parece mais vinculativo para o Estado. Enfim, o prazo previsto para a adoção de decisão pela Comissão foi fixado em 60 dias a partir da notificação do Estado-membro<sup>79</sup>. Assim, a possibilidade aberta aos Estados-membros de rejeitar *a posteriori* uma autorização comunitária é excepcional; se as instâncias comunitárias decidem manter a sua decisão, o Estado-membro deverá aceitar.

Os procedimentos comunitários inativos

Isto ocorreu sem levar em conta a prática das instituições comunitárias que, por razões eminentemente políticas, recusaram-se a ativá-lo ou contornaram-no.

\* A estratégia da conciliação política do ponto de vista da Comissão

<sup>77</sup> Artigo 23-1, Diretiva 2001/18/CE.

<sup>78</sup> Artigo 16-2 que remete diretamente ao procedimento *standard* do artigo 21, Diretiva 90/220/CEE. Ora, o prazo aqui previsto é de noventa dias.

<sup>79</sup> Artigo 23-2, Diretiva 2001/18/CE.

É o caso da Comissão que, na matéria, demonstrou grande autocensura. Se estas derrogações deveriam ser, em princípio, apenas provisórias, na prática, foram mantidas além dos prazos, o que conduziu à verdadeira deformação deste mecanismo. Com efeito, as provas científicas fornecidas por estes Estados-membros, para justificar as medidas tomadas foram submetidas à apreciação dos Comitês científicos da União Européia. Em todos os casos, os Comitês julgaram que nenhum elemento novo justificava a anulação da decisão inicial de autorização. Contudo, o procedimento é continuamente bloqueado nesta fase. Seguidamente a Comissão fica imóvel e não apresenta proposta para suprimir as proibições. A título de exemplo, não apresentou qualquer proposta de recusa destas proibições, exceto em dois casos, o da Áustria e o de Luxemburgo<sup>80</sup>, mas o voto foi postergado pela ausência de maioria no Conselho, que concluiu haver um acordo tácito para manter a proibição aplicada a estes dois Estados.

A Comissão esperava que, com a ab-rogação da diretiva 90/220/CEE, nós assistiríamos a uma retirada das medidas nacionais de salvaguarda. Pelo contrário, oito das nove proibições foram mantidas e foram novamente notificadas à Comissão. A partir deste novo quadro regulamentar, a Comissão examinou as informações suplementares fornecidas e apresentou-as ao EFSA para avaliação. Em dois pareceres de julho de 2004<sup>81</sup>, o EFSA concluiu, com os mesmos argumentos e as informações anteriores, que as informações complementares não invalidaram as avaliações de risco iniciais relativas aos produtos em questão. Conseqüentemente, a Comissão apresentou ao Comitê de regulamentação propostas de decisão que requerem aos Estados-membros referidos que ab-roguem as suas medidas de salvaguarda nacionais<sup>82</sup>.

Em 29 de novembro de 2004, o Comitê de regulamentação não reuniu maioria qualificada a favor ou contra qualquer uma destas propostas. Conseqüentemente, segundo os procedimentos de comitologia, as propostas foram transmitidas ao Conselho. Em 24 de junho de 2005, o Conselho rejeitou as oito propostas da Comissão, visando suprimir as medidas de salvaguarda nacional<sup>83</sup>, argumentando que havia dúvida sobre as

80 Cf. as propostas de decisão do Conselho relativas à proibição temporária na Áustria e em Luxemburgo, de venda de milho geneticamente modificado (Zea Mays L.), de COM (98) 339 e COM (98) 340, não-publicados.

81 Parecer do grupo científico sobre os organismos geneticamente modificados (OGM) sequência de um pedido da Comissão relativo à invocação do artigo 23 da diretiva 2001/18/CE pela Áustria. (Pergunta No. EFSA-Q-2004-062) e após um pedido da Comissão relativa ao artigo 23 da diretiva 2001/18/CE pela Grécia. (Questão n° EFSA-Q-2004-062), 8 de Julho de 2004.

82 Propostas de decisão do Conselho relativas:

- à proibição provisória de utilização e venda, na Áustria, de milho geneticamente modificado (Zea mays L. lignée T25), documento 8633/05.
- à proibição provisória de utilização e venda, na França, de colza híbrida geneticamente modificada (Brassica napus L. ssp. oleifera Metz. MS1Bb x RF1Bn), documento 8634/05. - à proibição provisória de utilização e a venda, na França, de colza geneticamente modificada (Brassica napus L. ssp. oleifera) procedente de transformação Topas 19/2, documento 8638/05.
- à proibição provisória de utilização a venda, na Alemanha, de milho geneticamente modificado (Zea e transformation Topas 19/2, doc. 8638/05.
- à proibição provisória de utilização e venda, na Áustria, de milho geneticamente modificado (Zea mays L. linhagem MEU 810), documento 8641/05.
- à proibição provisória de utilização e venda, na Grécia, de colza de primaveras geneticamente modificadas (Brassica napus L. ssp. oleifera) procedentes de transformação Topas 19/2, documento 8636/05.
- à proibição provisória de utilização e venda, no Luxemburgo, de milho geneticamente modificado (Zea mays L. linhagem Bt 176), documento 8637/05. Ata, 26 de julho de 2005, 10529/05, 2670° sessão do Conselho da União européia (AMBIENTE), no Luxemburgo em 24 de junho de 2005.

83 Ata, 26 de julho de 2005, 10529/05, 2670° sessão do Conselho da União européia (AMBIENTE), no Luxemburgo em 24 de

medidas nacionais de salvaguarda no mercado das variedades de milho geneticamente modificados T 25, o MON810 e BT 176 e das variedades de colza Topas 19/2 e MS1Bn. Tendo em vista a incerteza que subsiste e o princípio de precaução, o Conselho convidou a Comissão a reunir outros elementos de informação sobre os OGM e a prosseguir a avaliação que visa determinar se as medidas tomadas por Estados-membros para suspender, a título de medida temporária de precaução, a sua comercialização são justificadas e se a autorização relativa a estes organismos satisfaz às exigências de segurança enunciadas na diretiva 2001/18/CE<sup>84</sup>. Após a recusa, a Comissão europeia pediu ao EFSA que atualizasse o seu parecer de julho de 2004 à luz de toda informação científica, indicando que os OGM em causa constituem risco potencial para a saúde humana ou para o meio ambiente nas condições nas quais foram autorizados. Este parecer era aguardado para o primeiro trimestre de 2006. A Comissão reexaminaria os projetos de decisão em face do parecer do EFSA esperado e decidiria o que fazer. Certamente, estas proibições não foram mantidas em violação do direito comunitário, mas são fruto de prática política da parte da Comissão que deseja regular este problema pelas vias políticas, e não jurídicas.

\* A prioridade dada à decisão política segundo o Conselho

A prática de outra instituição comunitária, o Conselho de Ministros, foi muito além, pois conseguiu contornar o quadro comunitário aplicável. É necessário dizer que, como instituição representando Estados-membros dos quais a maioria derogou ao direito comunitário, era lógico que, no plano coletivo, esta atitude fosse esperada.

O ápice deste movimento, desta rebelião ministerial ocorreu no momento do exame da proposta de revisão da diretiva 90/220/CEE pelo Conselho de Ministros do meio ambiente nos dias 24 e 25 de junho de 1999. Fundamentados no princípio da precaução, os ministros do meio ambiente aplicaram uma moratória na autorização de novas variedades de OGM até à adoção da diretiva 90/220/CEE revista. As opiniões divergem quanto à legalidade da moratória. Trata-se de um reenvio implícito à cláusula de salvaguarda? Trata-se de consagração da prática – ilegal, aliás – da recusa de emitir o seu consentimento? É impossível responder a estas questões. Apenas é dito que tal suspensão ocorrerá “no âmbito do exercício dos poderes que lhes são conferidos em matérias de cultura e de comercialização de organismos geneticamente modificados”, o que é muito vago. Recordar-se a possibilidade oferecida aos Estados-membros nos parágrafos 5, 6 e 7 do artigo 95, do Tratado CE, o que constitui índice importante em favor do artigo 16, mas o artigo não é expressamente citado. Se a Comissão considerava que a adoção da nova diretiva 2001/18/CE e a publicação de uma proposta em matéria de rotulagem permitiriam encerrar a moratória, em 29 de outubro de 2001, foi prorrogada na pendência de um quadro regulamentar preciso em termos de rastreabilidade e

junho de 2005.

84 Anexo III, Declaração do Conselho.



rotulagem de OGM e produtos obtidos por de OGM. Tal recusa foi repetida em 17 de outubro de 2002 na pendência da entrada em vigor dos regulamentos adotados, ou seja, na primavera de 2004.

Finalmente, a moratória foi retirada com a autorização dada pela Comissão europeia, em 19 de maio de 2004, à importação de um alimento geneticamente modificado, o milho suave bt-11<sup>85</sup>. Assim sendo, durou mais de cinco anos e teve conseqüências que poderiam ter sido graves<sup>86</sup>. Desde 2004, o procedimento foi relançado, mas funciona lentamente<sup>87</sup>. Os Estados-membros recebem seguidamente pedidos de autorização, mas não tomam nenhuma decisão. Devem votar a favor ou contra a autorização e, nos dois casos, devem decidir com maioria qualificada. Contudo, como os 25 países não são capazes de alcançar tal maioria, é a Comissão que decide de modo quase sistemático, mas, quase sempre, com atraso. Ademais, ainda poderemos, quem sabe, assistir a outra revolução estatal. Em 9 de março passado, durante o Conselho do meio ambiente, a maioria dos ministros do meio ambiente expressou todo o mal que pensa do procedimento atual de autorização. A presidência austríaca, que não esconde o seu cepticismo em relação aos OGM, já anunciou que organizaria duas conferências sobre este tema e que entregaria o processo para negociar a questão em junho próximo.

Regulamento (CE) nº 1946/2003, de 15 de julho de 2003, do Parlamento Europeu e do Conselho relativos aos movimentos transfronteiriços de organismos geneticamente modificados [ JO L 287 do 05.11.2003 ], visa estabelecer um sistema comum de notificações e troca de informações relativas aos movimentos transfronteiriços de OGM destinados a países terceiros. O objetivo final é assegurar os movimentos que podem ter efeitos negativos na utilização duradoura da diversidade biológica e na saúde humana serem feitos de maneira respeitosa em relação ao meio ambiente e à saúde humana. Este regulamento diferencia os OGM destinados à disseminação voluntária no meio ambiente e os OGM destinados à alimentação humana ou animal ou a serem transformados.

O exportador de OGM destinados à disseminação voluntária no meio ambiente deve enviar notificação escrita à autoridade nacional competente do país importador antes que o movimento transfronteiriço se produza. Esta notificação deve compreender as informações incluídas no anexo I do regulamento e visa permitir ao país de importação de aceitar somente os produtos que aprovou de maneira prévia e com o conhecimento de causa.

85 Anexo III, Declaração do Conselho.

86 Desde a entrada em vigor da primeira diretiva em outubro de 1991 até a 1998, apenas 18 autorizações de comercialização comunitária de OGM foram atribuídas. Mas, nenhuma nova autorização nacional foi emitida desde outubro de 1998, enquanto 13 pedidos foram submetidos à exame durante esta data e 10 entre eles obtiveram parecer favorável dos Comitês científicos.

87 Décision 2006/47/CE, zeamays L. hybride MON 863- MON 810, JOCE nº L 26, 31-01-2006 ; Décision [2005/772/CE](#), mais 1507 JOCE nº L 291 du 05.11.2005 ; Décision [2005/635/CE](#), colza GT73, JOCE nº L 228 du 03.09.2005 ; Décision [2005/608/CE](#), mais MON 863, JOCE nº L 207 du 10.08.2005 ; Décision [2005/465/CE](#), colza GT73, JOCE nº L 164 du 24.06.2005.

Se, nos 270 dias que seguem a recepção da notificação, o importador não responder, o exportador enviará a segunda via à autoridade nacional do importador, exigindo uma resposta nos 60 dias que seguem. Ele envia uma cópia da notificação e o parecer de recepção à autoridade competente do seu Estado-membro e à Comissão. Em nenhum caso, o movimento transfronteiriço pode ocorrer sem o prévio consentimento escrito do importador.

O exportador deve conservar, pelo menos por 5 anos, a notificação, o parecer de recepção e a decisão do importador. Deve, igualmente, notificar o trânsito do OGM aos países que o desejam.

A Comissão ou o Estado que tomou a decisão notifica ao Centro de trocas para a prevenção dos riscos tecnológicos (CTPRB) (criado pelo Protocolo de Cartagena) qualquer decisão relativa à utilização, incluindo a sua comercialização, de OGM destinados à alimentação humana ou animal ou a serem transformados e podendo ser objeto de movimentos transfronteiriços. A notificação retoma os elementos que aparecem no anexo II do regulamento. Os OGM destinados à alimentação humana ou animal ou a serem transformados não podem ser objeto de movimentos transfronteiriços se não forem autorizados na Comunidade e se o importador não der o seu consentimento explícito (sem prejuízo às disposições do regulamento (CE) nº 178/2002).

Todo exportador deve zelar que os OGM que exporta sejam identificados claramente e indicar se o produto é constituído de OGM ou se o contém, produzindo o código atribuído ao OGM. Os exportadores OGM destinados a serem utilizados na alimentação humana ou animal ou a serem transformados devem atestar numa declaração que este OGM não será voluntariamente disseminado no meio ambiente. Os OGM destinados a serem utilizados em meio confinado devem ser acompanhados de regras de segurança para o seu armazenamento, o seu transporte e a sua utilização.

#### Movimentos transfronteiriços não intencionais

Os Estados-membros tomam as medidas necessárias para evitar os movimentos transfronteiriços não intencionais de OGM. Se sabem de um incidente que pode ocasionar a disseminação de OGM, comportar movimentos transfronteiriços não-intencionais e ter consequências negativas para o meio ambiente ou para a saúde humana, devem:

- informar os cidadãos;

- notificar a Comissão, os outros Estados-membros, o CEPRB e os organismos internacionais competentes;



-consultar os Estados afetados para permitir-lhes tomar as medidas necessárias.  
Disposições comuns

Com o propósito do estabelecer um sistema de troca de informações relativas às exportações de OGM para países terceiros, o regulamento cita as informações que os Estados-membros devem comunicar à Comissão e ao CEPRB assim como aquelas que a Comissão deve comunicar ao CEPRB.

A Comissão e os Estados-membros devem designar correspondentes (entidades que asseguram no seu nome a ligação com o secretariado do Protocolo). Os Estados-membros designam, igualmente, autoridades nacionais competentes. À data de entrada em vigor do Protocolo, os Estados-membros e a Comissão comunicam ao secretariado do Protocolo o nome e o endereço dos seus correspondentes e as suas autoridades competentes. No mais tardar, em 5 de novembro de 2004, os Estados-membros prevêm um regime de sanções aplicável às violações do presente regulamento.

Pelo menos a cada três anos, os Estados-membros transmitem um relatório à Comissão sobre a aplicação do presente regulamento. Esta redige, por sua vez, um relatório e transmite-o na reunião das partes do Protocolo de Cartagena.

A Diretiva 2001/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de março de 2001, relativa à disseminação voluntária de OGM no meio ambiente e que revoga a Diretiva 90/220/CEE do Conselho, tem por objetivo principal de tornar o procedimento de autorização de disseminação voluntária e de comercialização dos OGM mais eficaz e mais transparente, limitar esta autorização à duração de 10 anos renováveis e introduzir controle obrigatório após a comercialização do OGM. Ela prevê, igualmente, um método comum de avaliação dos riscos associados à disseminação de OGM (os princípios aplicáveis à avaliação dos riscos para o meio ambiente encontram-se no anexo II da diretiva) e um mecanismo que permite a modificação, a suspensão ou a cessação da disseminação de OGM quando se dispõe de novas informações sobre os riscos associados a esta disseminação.

A presente diretiva torna obrigatória a consulta pública e a rotulagem dos OGM. O sistema de trocas de informações contido nas notificações, estabelecido pela diretiva 90/220/CEE, é mantido. A Comissão é obrigada a consultar os Comitês científicos competentes sobre qualquer pergunta susceptível de ter qualquer efeito na saúde humana e ou no meio ambiente e pode, também, consultar Comitês de ética. O estabelecimento de vários registros de informações sobre as modificações genéticas dos OGM e sobre a localização dos OGM tornou-se obrigatório. O funcionamento destes registros é descrito na decisão 2004/204/CE (cf. rubrica de Atos ligados).

A cada três anos, a Comissão publicará uma síntese das medidas tomadas nos Estados-membros com o propósito de implementar a diretiva e um relatório sobre a experiência em matéria de comercialização de OGM (o primeiro relatório deveria ter sido publicado em 2003). Um relatório sobre questões éticas também será publicado a cada ano. Esta diretiva requer que a Comissão apresente uma proposta de implementação do Protocolo de Cartagena sobre biossegurança, o que conduziu à adoção do regulamento (CE) nº 1946/2003 do Parlamento Europeu e do Conselho sobre os movimentos transfronteiriços de organismos geneticamente modificados. A diretiva 90/220/CEE sobre a disseminação voluntária de organismos geneticamente modificados no meio ambiente foi revogada pela presente diretiva a partir de 17 de outubro de 2002.

#### Explicação dos debates e o atraso francês

A falta de execução do Acórdão TJCE de 27 de novembro de 2003 para transposição incompleta e incorreta da diretiva 90/219/CEE levou à realização de um parecer fundamentado no artigo 228 de 5 de julho de 2005; Acórdão CJCE de 20 de novembro de 2003 para transposição incompleta da diretiva 90/220/CEE; Acórdão CJCE de 15 de julho de 2004 para não-transposição da diretiva 2001/18/CE.

Após três anos de atraso, o projeto de lei relativo aos OGM foi depositado em 8 de fevereiro de 2006. Mas, não seria examinado pela Assembléia nacional antes do verão, contrariamente à vontade inicial do governo. Oficialmente, a sessão parlamentar, que terminaria em 6 de julho, está sobrecarregada. Com efeito, o projeto está mal documentado, e os deputados estão inquietos, pois o assunto pede coragem política, já que a opinião pública não é favorável.

## 6.14 Concluindo

### Transição: A sombra no recinto da OMC

O órgão de solução de conflitos da OMC poderia desempenhar um papel no controle da aplicação do Protocolo. O quadro da OMC poderia impor-se em todos os litígios que opõem os Estados-membros da OMC, os quais não são todos partes do Protocolo. Mas, o Comitê do comércio e do meio ambiente considerou que “ se os membros da OMC quiserem levar os seus litígios diante órgão de solução de conflitos da OMC, no caso de conflito entre membros da OMC partes de um AME sobre o recurso a medidas comerciais que são aplicáveis em virtude de um AME, devem preferir regulá-lo através do mecanismo de solução de conflitos previsto pelo AME” 35, o sistema da OMC poderia impor-se, mesmo quando os Estados em conflito forem partes do Protocolo e dos acordos da OMC.

Não é evidente que a existência do procedimento de cumprimento, teoricamente bem adaptado aos litígios que nascem da aplicação do Protocolo, contribui para prevenir os riscos de fórum *shopping*, em especial em relação às incertezas quanto ao seu alcance. O procedimento de solução de conflitos do Protocolo - artigo 14 supracitado da Convenção – apresenta certas fraquezas em relação ao sistema da OMC, que, ao contrário, demonstrou a sua eficácia. Em especial, para fins do artigo 14 da Convenção, o regulamento jurisdicional é facultativo, em que os procedimentos da OMC são obrigatórios. Pensa-se que, neste caso, um ou outro Estado em conflito julgaria ser de seu interesse desencadear, em primeiro lugar, os procedimentos da OMC. A perspectiva de judicialização simultânea para o mesmo litígio é real, assim como todos os riscos que isto comporta para a coerência da ordem jurídica internacional. Na OMC, o fim de tais litígios é incerto, em especial, se opõem dois Estados que não são partes – como os Estados Unidos ou a Austrália, por exemplo - e dois Estados que fazem parte do Protocolo. No caso dos produtos biotecnológicos, aparentemente, o grupo especial não recusou levar em conta o Protocolo de Cartagena sobre a biossegurança, do qual o réu era parte, mas não os demandantes, para interpretar o direito da OMC.

### **Mecanismos de respeito das disposições no âmbito dos outros acordos ambientais multilaterais (AEM)**

Entre os AEM em vigor, o Protocolo de Montreal relativo às substâncias que empobrecem a camada de ozônio dispõe do mecanismo mais elaborado de respeito das disposições e funciona há vários anos. O mecanismo foi instaurado com base no artigo 8 do Protocolo de Montreal, funciona independentemente e sem prejudicar

o procedimento de solução de conflitos estabelecido no artigo 11 do tratado-pai do Protocolo, a Convenção de Viena para a Proteção da camada de ozônio. É articulado em torno de um Comitê de aplicação, composto de representantes de 10 Partes, eleitos pela Reunião das Partes com base na distribuição geográfica eqüitativa. Os representantes são eleitos por um período de dois anos, renovável por uma vez. O Comitê reúne-se duas vezes por ano. Qualquer Parte pode, por meio do Secretariado, levar à análise do Comitê reservas relativas às obrigações por outra Parte, assim como qualquer dificuldade que encontra em matéria de aplicação. Além disso, o Secretariado pode consultar o Comitê em caso de não-cumprimento de que tem conhecimento, se não receber explicação satisfatória da Parte em causa.

O Comitê de aplicação examina os assuntos e identifica as possíveis causas de não-cumprimento. As Partes em causa têm o direito de participar das deliberações do Comitê. Sob convite da Parte em causa, o Comitê pode recolher mais informações sobre a questão. O Comitê recomenda soluções por conciliação e apresenta um relatório dos seus trabalhos na Reunião das Partes. Estes relatórios são tornados públicos, exceto se contêm informações confidenciais de uma das Partes. As Partes em causa podem não adotar as recomendações e a elaboração do relatório. Elas devem, em seguida, relatar na Reunião das Partes as medidas adotadas para melhorar a situação, com base nas recomendações.

Após vários anos de trabalhos, um mecanismo de respeito das disposições do Protocolo de Quioto à Convenção quadro das Nações Unidas sobre as mudanças climáticas foi adotado durante a sétima sessão da Conferência das Partes à Convenção (2001). Trata-se do mecanismo mais rigoroso adotado até agora pelos diferentes tratados ambientais e comporta, de maneira atípica, um "grupo de execução". Não há disposições que prevêem mecanismos de recurso, exceto por motivos de procedimento.

África: Argélia, Benin, Botswana, Burkina Fasso, Camarões, Cabo Verde, República Democrática do Congo, Djibouti, Egito, Eritreia, Etiópia, Gâmbia, Gana, Quênia, Lesoto, Libéria, Líbia, Madagascar, Mali, Mauritânia, Ilhas Maurício, Moçambique, Namíbia, Níger, Nigéria, Ruanda, Senegal, Seicheles, África do Sul, Sudão, Suazilândia, Togo, Tunússia, Uganda, Tanzânia, Zâmbia, Zimbábue (37 países). Ásia e Pacífico: Bangladesh, Butão, Camboja, China, Chipre, Coreia, Ilhas Fiji, Índia, Indonésia, Irã, Japão, Jordânia, Kiribati, Quirguistão, Laos, Malásia, Ilhas Maldivas, Ilhas Marshall, Mongólia, Nauru, Niue, Oman, Palau, Papua Nova Guiné, Samoa, Ilhas Salomão, Sri Lanka, Síria, Tajiquistão, Tailândia, Tonga, Vietnã, Iêmen (33 países). Europa Central e Oriental: Albânia, Armênia, Azerbaijão, Belarus, Bulgária, Croácia, República Tcheca, Estônia, Hungria, Letônia, Lituânia, Polónia, República Moldova, Romênia, Sérvia, Eslováquia, Eslovênia, Macedônia, Ucrânia (19 países). América Latina e Caribe: Antígua e Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Bolívia, Brasil, Colômbia, Cuba, Dominica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, México, Nicarágua,

Panamá, Paraguai, Peru, Santo Kitts e Nevis, Santa Lúcia, São Vincente e Grenadines, Trinidad e Tobago, Venezuela (24 países). Europa Ocidental e outros grupos: Áustria, Bélgica, Dinamarca, Comunidade Européia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Holanda, Nova Zelândia, Noruega, Portugal, Espanha, Suécia, Suíça, Turquia, Reino Unido (20 países).

## 6.15 Referências

- BOULOUIS (J.) CHEVALLIER (R.-M.), Grands arrêts de la CJCE, Sirey Paris, 1994, t. 1, p. 31.
- DE VISSCHER (C.). Les effectivités en droit international public, Paris, Pedone, 1967.
- DUBOIS (S.), L'effectivité du droit européen de l'environnement, contrôle de la mise en œuvre et sanction du non-respect, la Document française, 2000.
- E. Brown WEISS, H.K. JACOBSON. Engaging countries. Strengthening compliance with international environmental accords. MIT Press, Cambridge, 1998,
- GALLOUX (J.-C.), Commentaire de l'arrêt de la Cour du 17 octobre, Commission c/ Luxembourg in chronique « Droit des biotechnologies », Dalloz, 1998, Sommaires commentés.
- HELM Carsten et Detlef F. SPRINZ. Measuring the effectiveness of international environmental regimes. *Journal of Conflict Resolution*, vol. 45, n° 5, pp. 630-652, 2000.
- HERMITTE (M.-A.) et NOIVILLE (C.), Marrakech et Carthagène comme figures opposées du commerce international in BOURRINET (J.) et MALJEAN-DUBOIS (S.), Le commerce international des OGM, 2002, éd. La documentation française, p. 319.
- IMPERIALI (C.) Éd., L'effectivité du droit international de l'environnement. MALJEAN-DUBOIS (S.). La mise en œuvre du droit international de l'environnement, les notes de l'IDDRI, n° 4.
- LASCOUMES (P.) et SERVERIN (E.). Théories et pratiques de l'effectivité du droit, *Droit et société*, n° 3, 1986.
- LOUIS (J.-V.), Le règlement, source directe d'unification des législations in Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, 1976.
- MASCLET (J.-C.), « Règlement », Répertoire communautaire, Vol. 3, Dalloz.
- P.-M. Dupuy. À propos des mésaventures de la responsabilité internationale des États dans ses rapports avec la protection de l'environnement, in *Les hommes et l'environnement, En hommage à A. Kiss*, M. Prieur ed., Frison Roche, Paris, 1998.

## Sites

<http://www.biodiv.org>.



# A Efetividade do Direito Internacional Ambiental

## Capítulo 7

### O RELATÓRIO DO GRUPO ESPECIAL DA OMC SOBRE OS OGM

Justo Corti Varela



## O RELATÓRIO DO GRUPO ESPECIAL DA OMC SOBRE OS OGM

Justo Corti Varela<sup>1</sup>

### 7.1 Introdução

Este artigo analisa o relatório do Grupo Especial (Painel) da OMC<sup>2</sup> em relação a certas aplicações da legislação europeia de autorização e colocação no mercado de produtos geneticamente modificados, as quais têm conduzido a um grande período de restrições aos intercâmbios comerciais. O problema subjacente a esta controvérsia é a incorporação das disposições ambientais e sanitárias no âmbito do direito comercial internacional, isto é, a busca de equilíbrio entre a promoção do livre-comércio inscrito no sistema GATT/OMC e as incessantes demandas de maior controle ambiental e sanitário. Para encontrar resposta a esse questionamento, o Grupo baseia-se, fundamentalmente, nas normas do Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (Acordo MSF), que permite, com certas condições, opor exceções aos intercâmbios fundamentados por motivos sanitários ou fitossanitários. Sem embargo, nem todas as questões imersas na controvérsia cabem nesses motivos. Por isso, o relatório esforçar-se-á em interpretar, de forma flexível, o conceito de *medida sanitária e fitossanitária* (MSF ou SPS, segundo suas siglas em inglês), para incluir as medidas protetoras do meio ambiente. Ademais, tratar-se-á dos limites do poder discricionário que gozam os Estados durante o procedimento de gestão de riscos, dando alguns indícios sobre como avaliar a proporcionalidade das medidas.

Este juízo desenvolve-se por meio da idéia de que as medidas restritivas podem basear-se em contexto de incerteza científica que deverá dissipar-se o mais rápido possível. O período de incerteza pode ser maior ou menor, mas é necessário cumprir certos deveres de atuação. Para tanto, o relatório fundamentará seu juízo de proporcionalidade em caráter justificado ou injustificado da moratória e das outras medidas dilatórias, as quais constituem o foco material da decisão.

Na primeira parte, analisar-se o contexto da diferença e os problemas acerca a incorporação dos regulamentos ambientais no contexto do GATT/OMC. Em segundo lugar, estudar-se como o Grupo ampliou o conteúdo material do conceito de “MSF”, de tal modo que abarcasse medidas fundamentadas em questões ambientais. Finalmente,

<sup>1</sup> Pesquisador da Universidade Complutense de Madrid.

N.A.: O presente trabalho não seria possível sem as indicações e os conselhos de Mme. Marie-Angèle Hermitte e Mme. Christine Noiville. Suas correções e contribuições foram vitais para melhorar as minutas iniciais. Os possíveis erros e ou imprecisões que podem subsistir são de inteira responsabilidade do autor.

<sup>2</sup> Processo DS293 *Comunidades Europeias – Medidas que afetam a aprovação e a comercialização de produtos biotecnológicos*, WT/DS 291, WT/DS 292, WT/DS 293 distribuído em 29 de setembro de 2006.

comenta-se como o Grupo efetuou o controle de discricionariedade das medidas de gestão de riscos julgadas, especialmente por meio da cláusula *sem atrasos indevidos*.

### Contexto da diferença

O contexto da diferença é complexo. De um ponto de vista geral, a filosofia dos acordos GATT foi elaborada com o pano de fundo do distanciamento e do posterior enfrentamento com o bloco comunista. Por isso, é um marco jurídico que insiste em princípios livre-cambistas: livre circulação, liberdade de imprensa, neutralidade das mercadorias. Isto é, seus objetivos eram, antes de tudo, econômicos. O desenvolvimento de exceções fitossanitárias e ambientais, em princípio, apenas mencionadas no art. XX, “b”, do GATT 47’, foi bastante tardio – esperou a criação da OMC – e de negociação difícil.<sup>3</sup>

O acordo MSF, inventado como solução de base “científica” segundo o modelo do Acordo sobre Obstáculos Técnicos ao comércio (Acordo OTC), deu origem, sem embargo, a jurisprudência rica e aberta que ultrapassa as interpretações exegéticas do texto (A). No caso dos transgênicos, as diferenças de filosofia regulamentar entre os Estados Unidos e a Europa (B), guiada esta última por opinião pública desfavorável, produziram um debate com posturas irreconciliáveis. Neste contexto, na Europa, admitiu-se a realização de modificação profunda do sistema de regulamentação de transgênicos com o objetivo de torná-lo mais restrito. Como acompanhamento a esse processo, estabeleceu-se a *moratória de 1999*, que, junto com outras medidas nacionais diversas, detiveram, de forma abrupta, as importações de OGM de outros países.<sup>4</sup> Esta suspensão no fluxo de intercâmbios, ainda de natureza provisória, durará quatro anos, prazo mais que inquietante para os países exportadores (C). É necessário esclarecer que, na disputa, manifestam-se as posturas existentes em matéria de política de regulamentação de transgênicos tais quais existiam no final dos anos 90 (D), mais que a vontade de influenciar as atuações iniciadas a partir da reforma comunitária de 2003 (política de co-existência).

### **A - O Acordo Geral e as exceções legítimas (O artigo XX, “b”, do GATT, o Acordo OTC e o Acordo MSF)**

A filosofia dos acordos GATT 47’ baseiam-se nos princípios de livre circulação, liberdade de empresa e neutralidade de mercadorias. As mercadorias não eram consideradas mais que em sua qualidade de objetos de comércio, e o sistema multilateral

<sup>3</sup> O Acordo MSF é visto como um complemento natural ao Acordo sobre Agricultura; em primeiro lugar, porque ambos foram negociados no mesmo grupo de negociação (GN5) da rodada Uruguai (1986-1994); em segundo lugar, porque o Acordo MSF é uma garantia necessária para que as reduções tarifárias, a de medidas não-tarifárias e o congelamento de subvenções não sejam substituídas por novas medidas protecionistas fundadas em questões sanitárias valoradas de modo desproporcional.

<sup>4</sup> Salvo aqueles que ingressavam com a finalidade de alimentação animal.

regulava sua circulação, sem estabelecer distinções entre elas, ainda quando eram elaboradas segundo diferentes métodos de produção.<sup>5</sup> A esta postura opunham-se os acordos comerciais chamados “meio ambientais”, que organizavam o comércio caso por caso, segundo a “natureza particular” de cada mercadoria, fossem dejetos<sup>6</sup>, produtos químicos perigosos<sup>7</sup> ou organismos vivos modificados<sup>8</sup>. Em tais suposições, é a natureza própria de uma mercadoria e ‘seu’ método de produção ou de utilização o que se deve ressaltar para determinar “seu” modo especial de circulação<sup>9</sup>.

Sem embargo, o sistema comercial multilateral não faz da liberalização comercial algo absoluto. Certos obstáculos ao comércio permanecem, já que a liberalização comercial deve ser alcançada, sem desconhecer outros objetivos políticos legítimos, como, por exemplo, a saúde pública. Os Estados-membros conservam sua soberania nesta área, e a OMC não tem nenhuma competência regulamentar sobre a matéria. Contudo, o direito de limitar o comércio internacional em nome da saúde pública supõe um perigo. Se o admitimos, sem limitação alguma, poderia justificar qualquer medida restritiva (justificada ou injustificada) e pôr em perigo todo o sistema de livre comércio. Por conseguinte, as regras da OMC condicionam seu exercício.

Em geral, as exceções ao GATT podem ser de ordem econômica, por exemplo, os acordos de integração regional do artigo XXIV ou as medidas de salvaguarda destinadas a proteger o equilíbrio da balança de pagamento do artigo XII, ou fundar-se em valores não econômicos, principalmente as exceções baseadas na saúde pública e no meio ambiente estabelecidas no artigo XX, o qual reconhece a legitimidade das medidas nacionais orientadas à proteção da vida ou saúde das pessoas, animais ou plantas (artigo XX, b) ou a conservação dos recursos naturais não-renováveis (artigo XX, g). Estas exceções estão fundadas no reconhecimento do direito soberano de cada Estado em eleger e adotar as políticas nacionais adequadas para regulamentar a circulação (interna) de bens e serviços<sup>10</sup>. Este direito soberano limita o postulado de neutralidade das mercadorias e a inocuidade de sua livre circulação.

5 A jurisprudência “Atum-Delfines” relativa ao artigo XX, b, do GATT 47’ proibia a adoção de procedimentos e métodos de produção (PMPs) com efeito extra-territoriais, já que podiam constituir métodos de exportação de padrões, violando a esfera de competências próprias. Esta prática criticada pelo Painel favorecia que os Estados importadores impusessem aos exportadores modificações em suas próprias regras, em sua esfera de atuação (Relatório do Grupo Especial do GATT 47’ “Estados Unidos – restrições à importação de atum (Painel Atum-Delfines II)”, DS29/R de 20 de maio de 1994, especialmente os parágrafos 5.24 a 5.26, e 5.36 a 5.38).

6 No plano internacional, a Convenção da Basileia (sobre o controle de movimentos transfronteiriços de dejetos perigosos e sua eliminação) e no plano regional africano, a Convenção de Bamako.

7 Convenio de Roterdã sobre o procedimento de consentimento fundamentado previamente aplicável a certos pesticidas e produtos químicos perigosos objetos de comércio internacional.

8 Protocolo de Cartagena relativo à Convenção sobre Diversidade Biológica.

9 HERMITTE M-A, NOIVILLE C. “Marrakech et Carthage comme figures opposées du commerce international” em Bourrinet J., Maljean-Debois S. – eds. – *Le Commerce International des Organismes Génétiquement modifiés*, Centre d’Etudes et de Recherches Internationales et Communautaires, Universidade d’Aix-Marseille III, 2002, pp.322.

10 No processo *États-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, o grupo especial afirmou que, respeitando as regras GATT, os Estados-membros são livres para fixar seus próprios padrões ambientais, mesmo tão restritos como a *Clean Air Act* estadunidense (§ 7,1). Do mesmo modo, no processo *Comunidades Europeias – Hormônio* o Órgão de Apelação insistiu na importância que tem em reconhecer a cada Estado o direito de fixar os níveis de proteção que estime adequado para proteger a saúde de pessoas, animais e plantas, o que inclui um nível de proteção maior que os padrões internacionais (§ 172).

O Acordo Geral GATT 47' consagra em seu artigo XX, b:

Exceções gerais: A reserva de que não se apliquem as medidas enumeradas à continuação de forma que constitua um meio de discriminação arbitrária entre os países em que prevaleçam as mesmas condições ou uma restrição oculta ao comércio internacional, nenhuma disposição do presente Acordo será interpretada no sentido de impedir que todo membro adote ou aplique as medidas:

(...)

b) necessárias para proteger a saúde, a vida das pessoas e dos animais ou para preservar os vegetais.

(...)

Segundo se deduz do texto do artigo XX, b, uma medida sanitária pode derrogar outras disposições do GATT sempre que cumpra, de forma acumulativa, quatro condições: a medida deve perseguir um objetivo de saúde pública<sup>11</sup>; deve ser necessária para a realização desse objetivo<sup>12</sup>; não deve constituir um meio de discriminação arbitrária ou injustificável entre países como os mesmos níveis de proteção; não deve constituir uma restrição oculta ao comércio internacional<sup>13</sup>.

A natureza casuística dos dois últimos requisitos reduz a segurança jurídica do sistema, motivo pelo qual se faz necessário desenvolver o funcionamento da exceção. Considerando a experiência positiva que representava o Acordo sobre Obstáculos Técnicos ao Comércio<sup>14</sup> (Acordo OTC), que delegava aos organismos técnicos de padronização (essencialmente científico) a responsabilidade de estabelecer o padrão

11 A jurisprudência GATT não se tem mostrado demasiado severa a respeito dessa última condição. Deste modo, tem aceitado que a lei estadunidense relativa à luta contra a contaminação atmosférica (Relatório do Grupo Especial “*Etats-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*”, WT/DS2/R, 1996, par. 6.21), que a regulamentação tailandesa que buscava diminuir o consumo de cigarros (Relatório do Grupo Especial “*Thaïlande - Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes*”, IBDD S37/214, 1990, par. 73) ou que o decreto francês, proibindo a comercialização de amianto (Relatório do Grupo Especial “*Communautés Européennes - Mesures affectant l'amiant et les produits en contenant* », WT/DS135/R, 2000, par. 8.179 e 8.184) foram ditados para proteger a saúde pública.

12 Em primeiro lugar, somente são necessárias aquelas medidas que, por sua natureza, possam alcançar o objetivo que perseguem e que sejam essenciais para a proteção eficaz da saúde pública (Relatório do Grupo Especial “*Etats-Unis - Restrictions à l'importation de thon II*” DS 29/R, 1994). Em segundo lugar, uma medida é necessária quando o objetivo sanitário perseguido não possa ser razoavelmente alcançado por outra medida similar menos incompatível com o GATT (princípio de medida menos restritiva para o comércio internacional). Por exemplo, uma regulamentação tailandesa que proíbe a importação de cigarros não é necessária, ao menos no sentido do artigo XX, b, pois existem outras medidas conforme o GATT que podem fazer diminuir o consumo de tabaco, tais como, aumentar o preço dos pacotes de cigarros ou proibir sua publicidade (Relatório do Grupo Especial “*Thaïlande - Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes*”, IBDD S37/214, 1990, par. 74).

13 Estas duas últimas condições são expressões do princípio da *boa fé*. Foram estabelecidas, para evitar possíveis abusos derivados de utilização maliciosa da exceção do artigo XX, é difícil provar seu não-cumprimento, já que as circunstâncias do caso jogam um rol importante nos juízos concretos. Por isso, sua valoração deve ser feita caso a caso. Por exemplo, no processo “*Etats-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*” WT/DS2/AB/R, 1996, pag. 22, as discriminações foram consideradas restrições arbitrárias e injustificáveis ao comércio internacional. Igual conclusão alcançou o informe do Órgão de Apelação no processo “*Etats-Unis - Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* » WT/DS58/AB/R, 1998, par. 160. Contudo, no relatório do Grupo Especial “*Communautés européennes - Mesures affectant l'amiant et les produits en contenant*”, WT/DS135/R, 2000, par. 8.224, não se encontrou discriminação arbitrária e injustificável ao comércio internacional.

14 Este acordo foi incorporado pela Rodada de Tóquio (1979).

internacional em que se baseiam os juízos de proporcionalidade-desproporcionalidade, durante a Rodada Uruguai, decidiu-se desenvolver o artigo XX, b, seguindo a mesma filosofia.

O novo sistema conformava-se por dois acordos independentes do GATT: o Acordo OTC e o novo acordo MSF. Os obstáculos técnicos, sanitários e fitossanitários deixam de ser duas meras exceções a invocar diante da violação dos acordos GATT, adquirindo, a partir desse momento, novo *status* de *lex specialis*, sobre o qual se fixam as condições por que os Estados-membros podem estabelecer restrições legítimas ao comércio internacional.

Os dois novos acordos, embora desenvolvam os princípios do GATT (acordo nacional, nação mais favorecida, proibição de regulamentos que restrinjam mais do que o necessário ao comércio internacional), introduzem como novidade a obrigação de harmonização de legislações técnicas nacionais com base em padrões internacionais<sup>15</sup>. Estas normas materiais de *soft law* constituem a base sobre a qual se pode realizar um primeiro controle de proporcionalidade.

*Grosso modo*, as diferenças entre ambos os acordos residem em seu campo de aplicação – o Acordo OTC aplica-se a toda medida técnica, enquanto o Acordo MSF somente às que sejam MSF – e na obrigação de realizar avaliação prévia do risco para a adoção de MSF. As medidas reguladas pelo Acordo MSF caracterizam-se pelos riscos que previnem, isto é, a saúde ou a vida de pessoas ou animais, ou a preservação de vegetais. Em termos gerais, estes riscos devem-se a pragas, enfermidades e organismos patogênicos ou portadores de enfermidades existentes em animais, vegetais ou produtos alimentícios (Anexo A.1). Este conteúdo preliminar será ampliado pelo informe do Grupo OGM (II).

O Acordo MSF reconhece o direito soberano de cada Estado para “adotar as medidas sanitárias e fitossanitárias necessárias [...] sempre que tais medidas não sejam incompatíveis com as disposições do presente acordo” (artigo 2). Contudo, existem três condições para o exercício deste direito: o respeito ao princípio da proporcionalidade, ao princípio de não-discriminação e ao princípio de justificação científica<sup>16</sup>.

Em consequência, antes de determinar se uma MSF é necessária para alcançar um objetivo de proteção à saúde ou vida de pessoas, animais, ou preservação de vegetais, os membros devem realizar a avaliação dos riscos. As regras relativas à avaliação estão enunciadas nos artigos 2.2, e 5.1 a 5.3 do Acordo, devem considerar as técnicas de avaliação elaboradas pelas organizações internacionais competentes (art.

<sup>15</sup> Principalmente, o Código de Normas Técnicas anexo ao Acordo OTC e, no que se refere ao Acordo MSF, os trabalhos do *Codex Alimentarius*, a Agência Internacional e a Secretaria da Convenção Internacional de Proteção Fitossanitária.

<sup>16</sup> MALJEAN-DUBOIS S. “Droit de l’Organisation Mondiale du Commerce et protection de l’environnement”, Bruxelles: Bruylant, 2003, pag. 57.



5.1) e estar fundamentada em princípios científicos (art. 2.2 e 5.2).

Não é necessário realizar a avaliação de riscos se as medidas são em conformidade às normas internacionais elaboradas no contexto das organizações pré-citadas<sup>17</sup>. Toda MSF, conforme as referidas normas técnicas internacionais, presume-se compatível com o acordo MSF (art. 3.2). Ao contrário, se um Estado pretende um padrão mais restritivo, deverá justificar suas razões mediante a avaliação de riscos.

Boa parte da doutrina<sup>18</sup> inclui outra exceção à obrigação de realizar a avaliação de riscos: as medidas provisórias do artigo 5.7, que caberão “quando os testemunhos científicos pertinentes sejam insuficientes”, constituem aplicação do princípio da precaução do Acordo MSF<sup>19</sup>, embora não houvesse sido reconhecido como princípio geral do direito internacional pelo OSD<sup>20</sup>.

17 O Acordo MSF identifica três organizações intergovernamentais de padronização: A **Agência Internacional de Epidemias** (OIE) para medidas relativas à saúde animal e às zoonoses que afetam tanto a saúde humana como a animal; a **Convenção Internacional de Proteção Fitossanitária** (IPPC) para medidas de saúde vegetal; a **Comissão do Codex Alimentarius** para medidas de segurança alimentícia. O Acordo MSF outorga aos padrões destas três organizações internacionais a presunção de compatibilidade; as três organizações diferem consideravelmente tanto em sua composição como em seu funcionamento.

A **Agência Internacional de Epidemias** foi criada em 1924 e tem sede em Paris; não se encontra afiliada às Nações Unidas. Sua organização está constituída por um Comitê Internacional de Delegados Nacionais, uma Agência Central que, com órgão executivo e comissões, servem de órgãos deliberativos. As principais comissões são a de enfermidades epidêmica, a de enfermidades piscícolas e a de padrões. A OIE possui um Código Internacional de Enfermidades Animais e um Código Internacional de Enfermidades Aquáticas, que são atualizados periodicamente e sobre os quais se publicam manuais orientados a sua aplicação prática. A OIE também inclui grupos de trabalho, oficinas regionais e uma rede de laboratórios que colabora nos controles e nas certificações.

A **Convenção Internacional de Proteção Fitossanitária** foi estabelecida em 1952, com o objetivo de assegurar ação comum efetiva, para prevenir a introdução e a propagação de pestes e parasitas que afetassem as plantas e os produtos vegetais. Sua organização está constituída por uma secretaria vinculada à FAO em Roma. Uma revisão da convenção inicial realizou-se em 1979, mas não entrou em vigor, o que ocorreu somente em 1991. Posteriormente, na Conferência de 1997 (e sobre a base do Acordo MSF), acordou-se nova reforma que introduziu a possibilidade de utilizar medidas fitossanitárias, para proteger o meio ambiente natural de cultivos comerciais e espécies invasoras. A Convenção é um tratado que vincula 110 Estados signatários a dar determinados passos, para combater a propagação de enfermidades e pestes vegetais. Os países devem colocar em prática controles adequados, sistemas de certificação e procedimentos de desinfecção e devem publicar relatórios periódicos sobre a marcha de tais medidas. A Convenção promove o uso de políticas comerciais as menos restritivas possíveis, a eliminação de atrasos desnecessários e a utilização de instrumentos transparentes na aplicação de restrições.

A **Comissão do Codex Alimentarius** foi criada pela FAO e a OMS em 1962, para implementar um programa conjunto de padrões alimentares e criar um Código Alimentar (um conjunto de padrões, guias e recomendações tendentes a proteger a saúde dos consumidores e assegurar a transparência das práticas comerciais). Os Estados-membros não estão obrigados a adotar as normas propostas (frutos de um complexo procedimento de oito passos), mas estas ajudam a harmonização de padrões alimentares no comércio internacional. Até o momento, encontram-se representados no *Codex* 165 países. O organismo conta com um comitê executivo de 10 membros e uma pequena secretaria em Roma. O grosso do trabalho é executado em vários comitês subsidiários que negociam os textos e discutem os problemas específicos. Nove desses comitês funcionam horizontalmente e tratam de matérias, tais como, rótulos e aditivos; outros são verticais e tratam de problemáticas específicas de cada produto. Cinco comitês regionais interessam-se por assuntos relativos a suas áreas geográficas. Durante muito tempo, o *Codex* foi uma organização notadamente técnica, cujos comitês estavam compostos por especialistas científicos que trabalhavam com o Comitê Conjunto FAO/OMS de especialistas em aditivos alimentícios e as reuniões conjuntas FAO/OMS sobre resíduos de pesticidas. Contudo, depois que o Acordo MSF teve elevado o *status* jurídico de suas recomendações, o trabalho do *Codex* voltou-se especialmente sensível, politizando-se a tomada de decisões.

18 LUFF, D. *Le Droit de l'OMC. Analyse Critique*, Bruxelles: Bruylant, 2004 pp. 276. IYNEDJIAN M. *L'Accord de l'OMC sur l'application des Mesures Sanitaires et Phytosanitaires. Une Analyse Juridique*, Paris: LGDJ, 2002, pag. 108.

19 Informe do Órgão de Apelação “*Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés - Hormones* », WT/DS26/AB/R, 1998, par. 124.

20 O Grupo na decisão OGM, após haver recordado o informe do Órgão de Apelação “*Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés - Hormones* », WT/DS26/AB/R, 1998, par. 124. tem deixado esta decisão sem definição por razões de “prudência”. Parágrafo 7.89: “Como o *status* legal do princípio da precaução permanece inconcluso, assim como a Corte de Apelação antes de nós, consideramos que a prudência sugere que não tentemos resolver esta complexa questão, particularmente se não é necessário fazê-lo”.

O Grupo OGM tem negado que o artigo 5.7 seja exceção aos artigos 2.2 e 5.1, atribuindo-lhe a natureza de direito independente.

7.2995 : (...) Artigo 5.7 não provê uma exceção ao artigo 5.1, mas estabelece um direito qualificado;

7.2965: (...) caracterizar o artigo 5.7 como um direito qualificado ao invés de uma exceção, significa que, se uma medida SPS contestada foi adotada e está mantida consistentemente com as quatro exigências cumulativas do artigo 5.7, a situação é “como provida no parágrafo 7 do artigo 5” (Artigo 2.2), e a obrigação no artigo 2.2 não manter medidas do SPS sem suficiente prova científica não é aplicável à medida contestada.

Em consequência, em ambos os casos (tanto se a medida está fundamentada no art. 5.1 como se o está no art. 5.7), deve-se respeitar o artigo 2.2, isto é, a medida deve estar fundada em avaliação de riscos<sup>21</sup>. Desse modo, reforça-se a exigência da avaliação de riscos. Embora este requisito já figurava na jurisprudência do GATT 47', com o Acordo MSF, define-se mais rigoroso e “científico” que a avaliação sucinta exigida pelos Grupos Especiais e o Órgão de Apelação no contexto do antigo artigo XX, b<sup>22</sup>. Não há que olvidar que, embora o Acordo MSF se encontre ligado ao artigo XX do GATT, não compartilha sua natureza jurídica. Não é exceção às regras do GATT, pois inclui obrigações positivas e independentes do Acordo Geral que se somam a este último<sup>23</sup>.

Apesar da literalidade da norma, o Acordo MSF e certa jurisprudência do OSD têm suavizado o rigor “científico” do Acordo MSF graças à introdução de conceitos jurídicos de flexibilização. Deste modo, o artigo 5.3 do Acordo MSF enumera uma lista não-exaustiva<sup>24</sup> de fatores econômicos que os membros da OMC devem considerar no momento de avaliar os riscos.

Artigo 5: Avaliação do risco e determinação do nível adequado de proteção sanitária ou fitossanitária (...) 3. Ao avaliar o risco para a vida ou a saúde dos animais ou de preservação dos vegetais e determinar a medida que deverá ser aplicada para alcançar o nível adequado de proteção sanitária ou fitossanitária contra esse risco, os Membros considerarão como fatores econômicos pertinentes: o possível prejuízo por perda de produção ou de venda em caso de entrada, radicação ou propagação de uma praga ou enfermidade;

21 Relatório do Grupo Especial no processo DS293 “*Communautés européennes — Mesures affectant l’approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*”, WT/DS291, WT/DS292, WT/DS293, par. 7.2936.

22 Informe do Órgão de Apelação “*Communautés européennes - Mesures affectant l’amiante et les produits en contenant*”, WT/DS135/AB/R, 2001, par. 167, 178-179.

23 LUFF, D. *Le Droit de l’OMC. Analyse Critique*, Bruxelles: Bruylant, 2004, pp. 270.

24 Os fatores que influenciam a avaliação de riscos são variados. Segundo o Órgão de Apelação, a lista sugerida pelo artigo 5.2 não é exaustiva e não pode limitar-se aos métodos de laboratório adstritos às ciências exatas. As considerações próprias das ciências sociais são válidas enquanto a análise dos riscos seja consequência de um exame “sistemático, rigoroso e objetivo” (Informe do Órgão de Apelação “*Mesures communautaires concernant les viandes et le produits carnés – hormones*” WT/DS26/AB/R, 1998, par. 187).



os custos de controle ou erradicação no território do Membro importador; e a relação custo-eficácia de outros possíveis métodos para limitar os riscos.

Igualmente, a jurisprudência do OSD tem contribuído para a flexibilização mediante algumas decisões conhecidas como o “direito jurisprudencial das MSF ligadas ao comércio”<sup>25</sup>, especialmente aos hormônios<sup>26</sup>, aos salmões australianos<sup>27</sup> e aos produtos agrícolas japoneses<sup>28</sup>. Quanto à avaliação dos riscos, esta jurisprudência autoriza os governos a matizar as opiniões científicas predominantes. O OSD estima que a avaliação de riscos não necessariamente deve conduzir a uma “conclusão monolítica fundamentada no ponto de vista científico predominante que representa a corrente principal de opinião científica” e que, ao revés, os “governos igualmente responsáveis e representativos podem atuar de boa fé com base ao que pode ser, num dado momento, uma opinião discrepante de fontes competentes e respeitadas”.<sup>29</sup>

O OSD afirma que se devem considerar todos os riscos, não somente os “riscos verticais em um laboratório científico” (riscos quantificáveis), “mas também [os] risco [s] para as sociedades humanas que realmente existam, em outras palavras, a possibilidade efetiva de que se produzam efeitos adversos para a saúde humana no mundo real em que as pessoas vivem, trabalham e morem” (riscos qualitativos).<sup>30</sup> No que concerne à gestão política de riscos, existem decisões jurisprudenciais que permitem considerar “outros fatores” que escapam aos resultados das avaliações “científicas” de riscos, por exemplo, as preocupações dos consumidores.<sup>31</sup>

Em síntese, a regulamentação da estrutura GATT/ OMC referente aos problemas sanitários e fitossanitários relacionados ao comércio tem passado de um reconhecimento geral e vago da exceção (artigo XX, b) a um desenvolvimento exaustivo e de forte conteúdo científico (Acordo MSF). Contudo, o Acordo MSF conserva certas cláusulas de flexibilização que têm sido potencializadas pela jurisprudência do OSD. Nesse contexto normativo, desenvolve-se a controvérsia OGM.

25 FLORY T. “Chronique du règlement des litiges de l'OMC”, *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, nº 434, janeiro de 2000, pag. 54.

26 “Communautés européennes - Mesures communautaires concernant les viandes et le produits carnés –hormones” WT/DS26.

27 “Australie - Mesures visant les importations de saumons” WT/DS18.

28 “Japon - Mesures visant les produits agricoles” WT/DS76.

29 Informe do Órgão de Apelação “Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés – Hormones”, WT/DS26/AB/R, 1998, par. 194 ; “Japon - Mesures visant les produits agricoles” WT/DS76, par. 77.

30 Informe do Órgão de Apelação “Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)”, WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R, 1998, par. 187.

31 Informe do Órgão de Apelação “Mesures communautaires concernant les viandes et le produits carnés –hormones” WT/DS26/AB/R, 1998, par. 245.

## B - As diferenças da filosofia regulamentar entre os Estados Unidos e a Europa

A origem da disputa encontra-se nas diferenças da filosofia regulamentar na Europa e nos Estados Unidos, em relação aos OGM. Enquanto, na Europa, o contexto jurídico não se limita a julgar as opiniões “científicas” – a percepção do risco e os princípios da precaução julgam um rol muito importante na avaliação e na gestão de riscos –, nos Estados Unidos, predomina a análise mais objetiva, fundamentada nas opiniões científicas predominantes e no princípio de equivalência entre produtos tradicionais e biotecnológicos.

A crise sanitária e ambiental ocorrida na Europa, durante os anos oitenta e noventa – sangue contaminando, vacas loucas, amianto, dioxinas – tem gerado aberração ao risco e a desconfiança diante das novas tecnologias, especialmente no contexto alimentar. A sensibilização por parte das autoridades a percepções sociais do risco fez aumentar o recurso ao princípio da precaução, que ultrapassou o âmbito ambiental e tem sido reconhecido como um princípio do direito da segurança alimentar e do direito comunitário em geral.<sup>32</sup> A utilização de novas práticas de produção mais baratas, mas pouco naturais – por exemplo, a utilização de farinhas animais para a alimentação do gado – tem demonstrado que, com o tempo, os métodos de produção têm sua importância, ainda quando as diferenças de qualidade dos produtos não sejam visíveis inicialmente.

É certo que, na disputa submetida ao OSD, não se questiona o sistema regulamentar comunitário dos OGM, que utiliza uma avaliação sistemática baseada nos procedimentos. Todavia, podemos afirmar que o conflito subjacente é o confronto entre o critério de avaliar os riscos segundo os produtos em si mesmos ou de avaliá-los sobre a base de seus métodos e procedimentos de produção.<sup>33</sup> Um OGM é um “organismo ao qual se transfere um ou vários genes que pertencem a outra espécie, os quais são transmissíveis aos seus descendentes”.<sup>34</sup>

Os defensores da avaliação por produtos pensam que apenas o fato de utilizar esta tecnologia não representa nenhum risco, já que os produtos biotecnológicos são equivalentes aos tradicionais. Esta é a posição dos Estados Unidos. Contudo, os defensores da avaliação segundo o método sustentam que a engenharia genética

32 O princípio da precaução é reconhecido pelo artigo 175 do TCE relativo ao meio ambiente. Contudo, a jurisprudência do TJCE tem ampliado seu âmbito de aplicação ao direito da segurança alimentar em sua sentença sobre as vacas loucas (*National Farmers' Union -C-157/96-* y *Royaume Unil/Commission Unido/Comisión -C-180/96-*, de 5-5-1998). Após estas decisões, a Comissão Europeia confirmou sua utilização em dois domínios da segurança alimentar (*Communication de la Commission, du 2 février 2000, sur le recours au principe de précaution COM(2000) 1 final*); atualmente, entre os princípios gerais da legislação alimentar comunitária (Regulamento (CE) n.º 178/2002 do Parlamento europeu e do Conselho de 28 de janeiro de 2002, que estabelece os princípios gerais da legislação alimentar).

33 BOISSON DE CHAZOURNES L. “Le Rôle des Organes de Règlement des différends de l'OMC dans le développement du droit: à propos des OGM” em BOURRINET J. y MALJEAN-DUBOIS S. *Le Commerce International des OGM* La Documentation Française, Paris, 2002 pag. 207.

34 Lexique Encyclo-bio : [http://www.dictionnaire-biologie.com/biologie/definition\\_61.html](http://www.dictionnaire-biologie.com/biologie/definition_61.html).

representa, por si só, um risco para a saúde e o meio ambiente. Cada modificação deveria ser valorada caso a caso, antes de autorizar a colocação no mercado ou a liberação no meio ambiente de um produto OGM. É a posição da Europa e a razão mais importante para adotar a *avaliação de precaução* diante dos OGM.<sup>35</sup>

O Acordo MSF reconhece o direito de cada Estado-membro eleger o próprio nível de risco aceitável (art.3). Em consequência, as diferenças de filosofia regulamentar são, em princípio, legais. O problema consiste em conhecer os limites da flexibilidade para eleger o nível do risco aceitável.

Deste modo, a disputa OGM é um bom exemplo de uma das questões mais difíceis do Direito Internacional contemporâneo: como articular um direito comercial muito aberto (tanto no contexto comunitário como multilateral), com disposições ambientais e sanitárias divergentes<sup>36</sup>: *dumping* ambiental para alguns, protecionismo disfarçado para outros. Em síntese, as controvérsias entre os Estados Unidos e a CE relativas aos OGM constituem um quadro complexo de questões ambientais, fitossanitárias, alimentares e econômicas, com divergências e similitudes, em contexto científico pouco claro, mas em desenvolvimento e com conotações sociológicas e políticas sensíveis, especialmente no contexto europeu.

## **C - A experiência europeia: a moratória, suas medidas específicas e as medidas de salvaguarda**

Em maio de 2003, Argentina, Canadá e os Estados Unidos, os principais produtores e exportadores de OGM apresentaram uma demanda perante o OSD, ao considerar que o regime europeu de autorização de OGM era incompatível com as regras da OMC. No momento da demanda, a CE regulamentava a difusão e a colocação no mercado de OGM, por meio da diretiva CE 90/220 – a qual foi substituída pela diretiva 2001/18 – e pelo regulamento CE 258/97, os quais estabeleciam um sistema de autorização prévia.

Segundo a diretiva CE 2001/18, relativa à difusão voluntária de organismos geneticamente modificados no meio ambiente, o procedimento de autorização inicia-se com uma notificação à autoridade competente do Estado-membro de onde se pretende liberar o transgênico (art. 6.1). A notificação deve conter informação geral sobre os produtos, seus métodos de produção e uma avaliação de riscos sobre os possíveis danos

35 JASANOFF S. "Product, Process, or Programme: Three Cultures and the Regulation of Biotechnology" en BAUER ed. *Resistance to New Technology: Nuclear Power, Information Technology, and Biotechnology*, 1995, pag. 311-31; VOGEL D. "Ships Passing in the Night: GMOs and the Politics of Risk Regulation in Europe and the United State", *Working Paper*, EUI – Florence, 2001.

36 Jackson J. *The Jurisprudence of GATT and the WTO. Insights on treaty law and economic relations* Cambridge University Press, 2000 p. 430

sanitários e ambientais (art. 6.2). A autoridade nacional exerce um rol importante no referido processo: apenas com um relatório favorável da autoridade (art. 13), pode-se passar à segunda fase do processo de autorização.

Na fase comunitária, a Comissão e outros Estados-membros pronunciaram-se sobre a petição; se emitem objeções, a Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos elabora um ditame (art.28). Se o referido ditame é favorável, a Comissão elabora um projeto de decisão que se submete ao Comitê Regulamentar sobre a disseminação voluntária de OGM no meio ambiente, o qual é composto por representantes dos Estados-membros e rege-se pelas normas que regulam as competências de execução atribuídas à Comissão (art. 30 da diretiva e Decisão 1999/468/CE). Isto é, em casos de desacordo no Comitê que impeçam a aprovação de ditames, a decisão cabe diretamente ao Conselho (art.5 da Decisão 1999/468/CE). Em síntese, o procedimento de autorização tem etapas nacionais e comunitárias, mas a decisão final, em caso de controvérsias, recai ao Conselho da UE, o órgão político da União, onde estão representados os governos dos Estados-membros. Os demandantes do Painel não têm criticado este procedimento, senão a forma como tem sido aplicado.

Como resposta a um movimento de contestação popular contra os OGM, em junho de 1999, cinco Estados europeus<sup>37</sup> emitiram uma declaração<sup>38</sup> segundo a qual afirmavam que tomariam todas as medidas necessárias para impedir a nova autorização e suspender os procedimentos em curso, durante todo o tempo que fosse necessário, até que se modificassem as bases da legislação dos anos 90 e desenvolvessem-se novas normas para regular o rótulo e a identificação de OGM<sup>39</sup>. Praticamente, todos os procedimentos detiveram-se, por conseguinte, entre junho de 1999 e 29 de agosto de 2003<sup>40</sup> (data de constituição do Painel), não houve decisões de autorização relativas a OGM, nem positivas, nem negativas. A *moratória* finalizou-se em 2004, quando entraram em vigor as novas normas comunitárias sobre rotulação e identificação<sup>41</sup>, iniciando-se nova etapa na gestão de riscos biotecnológicos na UE, conhecida como *coexistência* entre produtos OGM e produtos tradicionais.

As diversas *medidas específicas* referentes aos OGM são ações ou omissões da CE e dos Estados-membros nos procedimentos de autorização. As medidas específicas são analisadas pelo grupo como o conteúdo que dá efetividade à moratória. Por outro lado, embora o regime europeu estabeleça um procedimento harmônico a todos os países,

37 Dinamarca, Grécia, França, Itália e Luxemburgo.

38 Conselho Europeu de Luxemburgo sobre o meio ambiente, entre 24 e 25 de junho de 1999.

39 Declaração das delegações dinamarquesa, grega, francesa, italiana e de Luxemburgo a respeito da suspensão das novas autorizações de OGM, no Encontro do Conselho no. 2194 – Meio ambiente – em Luxemburgo, 24/25 de junho de 1999: “aponta para a importância da submissão à Comissão, sem atrasar versões preliminares completas de regras, assegurando a rotulação e o rastreamento de OGM e produtos derivados e estabelece que, dependendo da adoção de tais regras, de acordo com princípios de prevenção e precaução, eles irão executar todos os passos a fim de ter quaisquer novas autorizações para crescimento e estabelecimento em mercados suspensos”.

40 Data de constituição do Grupo Especial.

41 Regulamento (CE) nº 1830/2003 do Parlamento europeu e do Conselho, de 22 de setembro de 2003, relativo à identificação e à rotulagem de organismos geneticamente modificados.

em casos de surgirem novos riscos ou nova informação sobre riscos já regulamentados, autorizam-se os Estados-membros a tomar medidas provisórias de salvaguarda até que se adote decisão comunitária<sup>42</sup>. A moratória suspendeu estas decisões, para que todas as medidas de salvaguarda estabelecidas durante o referido período estivessem em vigor no momento da constituição do Painel. Em conclusão, todos os objetos do litígio estavam vinculados, em maior ou menor medida, à moratória<sup>43</sup>.

## D - A contenda

No que se refere às questões processuais, uma das principais novidades dos Acordos de Marrakech é o novo entendimento relativo à solução de diferenças, novo meio de resolver os conflitos entre países quanto ao modo de interpretação e aplicação das regras GATT/ OMC. Um Estado insatisfeito com o acionar de outro começa por solicitar a abertura de consultas (art. 4). Se o problema não se resolve por esse meio, demanda a constituição de um Painel (art. 6) que elabore um relatório sobre a controvérsia. Cada parte pode apelar do dito relatório ao Grupo Especial perante o Órgão de Apelação (art. 17). O recurso deve fundamentar-se em questões de direito, isto é, não pode pretender o reexame dos elementos de prova existentes ou introduzir novos argumentos. Uma vez que o Grupo Especial ou o Órgão de Apelação tenha emitido seus relatos, o Órgão de Solução de Conflitos, que representa todos os membros da OMC, adota o relato por maioria ou afasta-o por consenso (art.16). Posteriormente e em caso de não-cumprimento das recomendações, podem-se solicitar compensações e suspensão de concessões (art.22), o que constitui, junto com a criação do Órgão de Apelação, uma das principais novidades da OMC. O relatório OGM analisado é uma decisão de um Grupo Especial, o que não é, todavia, uma decisão definitiva. De fato, já tem sido apelado pela CE.

Quanto às questões materiais, os Estados Unidos, o Canadá e a Argentina têm questionado, perante o Grupo Especial, a legalidade da moratória europeia, as medidas específicas e as medidas de salvaguarda. Segundo o Grupo, a disputa OGM está centrada nesses três temas principais. Ao contrário, o Grupo Especial recusou-se a abordar, de modo expresso, as questões mais interessantes que cercam os debates sobre o comércio de transgênicos: a equivalência entre OGM e produtos convencionais similares (*like product problem*), a compatibilidade da regulamentação comunitária sobre OGM e o direito da OMC (exigir autorização prévia da Basiléia, o estado caso a caso, etc.). Contudo, nesse trabalho, destacam-se nos dois pronunciamentos principais do Grupo: o conceito de MSF e os "atrasos indevidos."

<sup>42</sup> Artigo 16 (Diretiva CE 90/220), artigo 23 (Diretiva CE 2001/18) e artigo 12 (Regulamento CE 258/97).

<sup>43</sup> O Grupo declarou a existência de moratória (par. 7.1256) por diferentes razões. Em primeiro lugar, não houve nenhuma decisão durante o período de moratória (par.7.495), tampouco, nenhuma reação por parte da Comissão Europeia ou dos Estados-membros a esta inação (par. 7.1257). Em segundo lugar, a declaração dos cinco Estados-membros teria o poder de bloqueio (par. 7.472 e 7.473). Finalmente, havia vários documentos oficiais que demonstravam a existência de moratória (par. 7.526).

## 7.2 Os conceitos de MSF e de “pragas” dados pelo Grupo: uma interpretação ampla

O primeiro obstáculo importante que precisa enfrentar um Grupo, além de definir a própria competência, é estabelecer qual será o direito aplicável. No caso dos regulamentos técnicos com implicações sanitárias, consiste em determinar se as normas ou os atores atacados são medidas MSF no sentido do Acordo MSF, ou regulamentos técnicos regulados pelo Acordo OTC.

O problema do âmbito de aplicação das MSF reside em que – como o Acordo OTC – regula normas técnicas que afetam o comércio, embora se circunscrevam a contexto material específico. Isto é, o Acordo OTC teria “competência residual”, e o Acordo MSF, “competência por atribuição”.

Segundo o parágrafo sexto do preâmbulo do Acordo OTC, em princípio, todas as normas sanitárias, fitossanitárias e ambientais estão cobertas pelo acordo OTC:

Reconhecendo que não se deve impedir a nenhum país que adote as medidas necessárias para assegurar a qualidade de suas exportações, ou para a proteção da saúde e a vida das pessoas e dos animais ou a preservação dos vegetais, para a proteção do meio ambiente.

Todavia, as disposições do OTC “não são aplicáveis às medidas sanitárias e fitossanitárias definidas no Anexo “A” do Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias” (art. 1.5 Acordo OTC). A chave estaria, então, em saber, com exatidão, o que cobre o Anexo “A” do Acordo MSF. Este não enumera expressamente as regras ambientais. Por isso, supõe-se, que estas se beneficiariam da “competência residual” do Acordo OTC já que o Acordo MSF apenas regula as medidas expressamente enumeradas.

Considerando esses fundamentos gerais, a doutrina afirmava que o Acordo MSF apenas poderia regular riscos ambientais se estivessem intimamente vinculados às condições fitossanitárias<sup>44</sup>. Segundo esta opinião majoritária, todos os demais riscos ambientais recairiam no Acordo OTC, e, em consequência, uma disputa sobre OGM deveria ser analisada à luz dos dois acordos<sup>45</sup>. Porém, o Grupo realizou interpretação ampla do conceito de MSF, para incluir nele quase todos os problemas vinculados aos OGM, tanto sanitários como fitossanitários e ambientais.

<sup>44</sup> PETITPIERRE A, BOISSON DE CHAZOURNES L., PERREZ F.X., PYTHOUD F., MBENGUE M.M. e THOMAS U.P. “Commerce, Environnement et Regulation International des Biotechnologies” em *Journal of Trade and Environment Studies, Economic Policy and Law*, 2004-7, Genebra. Ver também LUFF, D. “Le Droit de l’OMC. Analyse Critique”, Bruselas: Bruylant, 2004, pág. 1054 e 1055.

<sup>45</sup> Até a CE, Canadá e os Estados Unidos defenderam esta posição diante do Grupo. Ver *European Communities - Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products* – First Submission of the United States, 21 de Abril, 2004; “*European Communities - Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*” – First Submission of Canada, 21 de Abril 2004; “*European Communities - Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*” – Oral Statement by the US, 2 Junho 2004.



## A definição do Acordo MSF

Segundo o Anexo A(1), o conceito de MSF é o seguinte:

### 1. Medida sanitária ou fitossanitária – toda medida aplicada:

- a) para proteger a saúde e a vida dos animais ou para preservar os vegetais, no território do membro, dos riscos resultantes de entrada, difusão ou propagação de pragas, enfermidades e organismos patogênicos ou portadores de enfermidades;
- b) para proteger a vida e a saúde das pessoas e dos animais, no território do membro, dos riscos resultantes da presença de aditivos, poluentes, tóxicos ou organismos patogênicos nos produtos alimentícios, bebidas ou rações para gado;
- c) para proteger a vida e a saúde das pessoas, no território do membro, dos riscos resultantes de enfermidades propagadas por animais, vegetais ou produtos derivados, ou de entrada, difusão ou propagação de pragas;
- d) para prevenir ou limitar outros prejuízos, no território do membro, resultante de entrada, radicação ou propagação de pragas.

Por um lado, os perigos mencionados são objetos precisos: enfermidades, pragas, organismos patogênicos, aditivos, poluentes, tóxicos. Assim, deduz-se que o texto, interpretado de modo restrito, não poderia incluir nem genes, nem seus produtos derivados. De outro lado, os sujeitos protegidos são vegetais, animais e pessoas, o que impediria incluir, com base em primeira leitura, o meio ambiente sob perspectiva geral. Sobre esse ponto de vista, a regulamentação estabelecida para a proteção da saúde humana diante dos riscos de contaminação resultante do consumo de gasolina não recairia no contexto do Acordo.<sup>46</sup>

No caso em questão, a CE seguiu essa interpretação restritiva em suas alegações, ao sustentar que as medidas reguladoras de OGM tendentes à proteção do meio ambiente deveriam ser julgadas pelo Acordo OTC, e não pelo Acordo MSF<sup>47</sup>:

Parágrafo 7.198: "A Comunidade Européia contrasta isto com o Anexo A do Acordo SPS, o qual requisita não tratar da proteção ambiental, ao contrário do Artigo 2.2 do Acordo TBT, por exemplo, o qual, expressamente, refere-se ao meio ambiente. De acordo com a Comunidade Européia, fica claro que, quando a minuta do acordo internacional usa um termo em um instrumento, mas não em outro, teve a intenção de excluir aquele termo do último instrumento. A Comunidade Européia conclui disso que o Acordo SPS não teve a

<sup>46</sup> Relatório do Grupo Especial "États-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules", WT/DS2/R, 1996.

<sup>47</sup> Os autores que haviam escrito sobre a disputa antes da emissão do relatório pensavam que o Grupo Especial utilizaria os dois acordos. Veja, por exemplo, Boisson de Chauzournes L. e Mbengue M.M. (2004) "GMOs and Trade : Issues at Stake in the EC Biotech Dispute", RECIEL 13(3) 2004, p. 295.



intenção de tratar da prevenção de riscos ao meio ambiente”.

Contudo, o Grupo seguiu a opinião dos demandantes, que afirmavam poder incluir, na proteção a pessoas, animais e plantas, a biodiversidade e o meio ambiente em geral (parágrafos 7.201 e 7.202). Deste modo, o Grupo tem realizado uma interpretação ampla do Anexo (1), para poder englobar os problemas da disseminação de genes no meio ambiente, incluindo a proteção da biodiversidade e os problemas de coexistência. Segundo esta interpretação, o conceito de MSF compreende as medidas concebidas para a proteção de animais ou plantas, de forma direta ou indireta, por exemplo, por meio da proteção da diversidade e do meio ambiente (parágrafo 7.203). Todavia, a extensão da interpretação do informe não se limita aos objetivos sanitários e parassanitários, mas também inclui “outros prejuízos”, por exemplo, os danos econômicos nascidos da política de co-existência<sup>48</sup>:

Parágrafo 7.204 [p. 13]: nós consideramos que o Anexo A(1)(d) cobre as medidas aplicada a prevenir ou limitar certas formas de dano ao meio ambiente”. (...) “o propósito da proteção ao meio ambiente, propriamente dito, não é suficiente para suscitar uma medida no escopo da aplicação do Acordo SPS, mesmo se a medida de qualquer modo ir ao encontro da definição de qualquer medida SPS. Para dar um exemplo, uma medida para reduzir a poluição do ar pode ser aplicada para proteger a vida ou a saúde das plantas, e mesmo para proteger o meio ambiente, mas não poderia, de qualquer modo, ser uma medida aplicada para um dos propósitos enumerados no Anexo A(1) do Acordo SPS.

Parágrafo 7.364: Nós notamos que os danos à vida e à saúde de plantas, animais e pessoas podem desencadear danos econômicos. Medidas protecionistas governamentais para a vida ou a saúde de plantas e animais são, por vezes, tomadas, justamente, para evitar tais consequências econômicas adversas. (...) Lembramos que a esse respeito o termo *peste*, como nós o interpretamos, refere-se não apenas a animal ou planta que é destrutivo para outros seres vivos, ou que causam danos à saúde de outros viventes, mas também a animal ou planta que cause outros danos. Dessa forma, é compreensível que o Anexo A(1)(d), especificamente e separadamente, direciona as medidas aplicadas ao controle de outros danos, além daqueles à vida ou à saúde vegetal, animal ou humana.

Isso significa que, além dos danos estritamente ambientais, podemos considerar os econômicos nascidos da co-existência. Isso compreende, por exemplo, as perdas econômicas que têm os agricultores tradicionais, ao não poder vender sua produção não-OGM a preço equivalente aos custos. O fato de reconhecer os problemas

<sup>48</sup> Isto é, as perdas econômicas como consequência dos riscos de contaminação genética entre cultivos OGM e cultivos não-OGM.

econômicos da coexistência no Acordo MSF constitui legitimação indireta ao projeto europeu de organizar, de maneira voluntária, a convivência separada de cultivos transgênicos com cultivos tradicionais. Esse é um desafio tormentoso que necessitará de numerosos ajustes, para garantir a viabilidade econômica do mesmo.

## A - A moratória

A moratória européia na autorização de transgênicos é consequência direta do sistema de autorização prévia instaurado pela CE. Sua natureza jurídica está intimamente vinculada a esse contexto jurídico. Como já tivemos oportunidade de comentar, a legislação comunitária sobre difusão e comercialização de OGM estabelece uma proibição geral a toda difusão ou colocação no mercado, salvo autorização expressa em sentido contrário. Os procedimentos para autorização têm etapas nacionais e comunitárias, mas a decisão final em caso de conflitos recai no Conselho da EU, formado por representantes dos governos dos Estados-membros. Portanto, o bloqueio de cinco países no cerne do Conselho que iniciou a moratória foi uma decisão política, de natureza processual, tolerada pelo direito comunitário.

Segundo o Grupo, a moratória não é uma MSF, já que não busca estabelecer um nível de proteção sanitária ou fitossanitária. Referida decisão já havia sido tomada, ao adotar-se a proibição aos OGM:

Parágrafo 7.1384: "Em contraste, nós não consideramos que a decisão da Comunidade Européia de aplicar uma moratória geral nas aprovações era, como tal, uma medida aplicada para atingir o nível apropriado de proteção à Comunidade. Lembramos, a esse respeito, que a decisão era uma decisão procedimental para adiar as decisões de aprovação final. Como explicamos anteriormente, o efeito prático daquela decisão foi estender o período de tempo durante o qual os produtos biotecnológicos não aprovados ficavam sujeitos ao requisito de aprovação do pré-comercialização. O requerimento de aprovação do pré-comercialização impõe que o *marketing* provisional seja uma medida aplicada para atingir o nível de proteção da Comunidade, mas que o requerimento seja uma medida separada da decisão de adiar decisões de aprovação final. Por ela mesma, a decisão procedimental de adiar a decisão final não atinge ou implica um nível particular de proteção."

Essa proibição já existia, dado que o sistema europeu implica uma proibição absoluta de difundir e comercializar produtos OGM sem autorização prévia. Deste modo, a moratória não é nenhuma MSF nem um procedimento em si mesmo, senão "uma decisão de natureza processual, vinculada aos procedimentos comunitários de

autorização de OGM, tendentes a retardar as decisões materiais relativas a referidas autorizações.”

Parágrafo 7.1372: nós confirmamos a vista e a conclusão que nós oferecemos no início de nossa análise, a saber, que a decisão das Comunidades Européias para aplicar uma moratória geral em aprovações deve ser caracterizada como uma decisão processual para atrasar decisões substantivas finais da aprovação. A decisão era processual na natureza tanto que era uma decisão em relação à aplicação, ou na operação, dos procedimentos de aprovação existentes da CE.

Em conclusão, a moratória não é uma MSF no sentido do Anexo A(1) (cf. parágrafo 7.1386) e , em consequência, não pode ser julgada pelo artigo 5 do Acordo MSF que regulamenta a avaliação de riscos e determina o nível apropriado de proteção sanitária e fitossanitária. Todavia, enquanto decisão processual, deve ser controlada pelo Anexo C(1) (a), que obriga os Estados-membros a atuar de tal modo que os procedimentos limitativos da liberdade de circulação “se iniciem e ultimem-se sem demoras indevidas” (parágrafo 7.1484).

#### B - As medidas específicas relativas aos produtos particulares

As diversas “medidas específicas” relativas a produtos OGM concretos são ações ou omissões da CE ou dos Estados-membros ao longo dos procedimentos de autorização que estavam ainda ativos no momento de constituição do Painel (parágrafo 7.1626). De fato, as medidas específicas são analisadas pelo relatório como aquelas decisões que fazem que a moratória tenha efeitos.

Por essa razão, o Grupo declarou que as medidas específicas, como a moratória, não são MSF, mas medidas processuais que aplicam MSF:

Parágrafo 7.1682: Se, como nós acreditamos, a decisão da Comunidade Européia de aplicar uma moratória geral em aprovações não era uma “medida SPS”, a lógica sugere que a mesma seja verdadeira para as medidas específicas do produto, considerando que, no nosso entendimento, são essencialmente os atos e ou as omissões por meio das quais as entidades relevantes da CE davam o efeito à decisão de aplicar uma moratória geral em aprovações, ou reagem à circunstância em que outras entidades da CE impunham uma moratória geral.

## As medidas de salvaguarda

As diretivas 90/220 e 2001/18 e o regulamento 258/97 têm por objetivo esclarecer um procedimento harmonizado em matéria de difusão de produtos biotecnológicos e autorizam os Estados-membros a tomar medidas provisórias de salvaguarda, limitadas a seus territórios. Segundo a legislação europeia, essas medidas devem ser provisórias, ter por finalidade assegurar a proteção da saúde e o meio ambiente, e estar fundada em “informação nova ou adicional” ou em reavaliação da informação disponível no momento da adoção da autorização comunitária.<sup>49</sup> As medidas de salvaguarda adotadas devem ser comunicadas “imediatamente” às autoridades comunitárias e aos demais Estados para que se adote decisão definitiva sobre a questão, no prazo máximo de 60 dias. Apesar dessa última exigência processual da normativa europeia, durante o período em que esteve vigente a moratória e até o momento da constituição do Painel, não houve nenhuma decisão comunitária relativa às medidas de salvaguarda litigiosas (parágrafo 7.2527).

A diferença da moratória e suas medidas específicas, as medidas de salvaguarda estatais, eram, por si mesmas, restrições materiais ao comércio internacional tendentes a estabelecer um *novo* nível europeu de proteção fitossanitária ou ambiental. Contudo, isso não significa que, imediatamente, tornam-se compreendidas na definição do Anexo A (1). No que se refere aos objetivos, embora as medidas, objeto de controvérsia, afirmavam que teriam por finalidade a proteção da vida, da saúde e do meio ambiente (objetivos conforme as disposições do Acordo MSF), o Grupo tem estudado cada medida, caso por caso, para verificar que seus objetivos, realmente, eram os que amparam o citado acordo.

Parágrafo 7.2550: a mera invocação e a referência aos artigos acima mencionados não demonstram, neles ou por meio deles, que uma medida particular, de fato, está sendo aplicada com a finalidade de proteger a saúde humana ou o meio ambiente. Assim, nós pensamos que é necessário fazer uma avaliação separada da aplicabilidade do acordo MSF para cada uma das nove medidas de proteção na edição.

Essa análise, caso por caso, permitiu ao Grupo concluir que todas as medidas de salvaguarda eram MSF, servindo-se, em muitos casos, de interpretações amplas dos conceitos de *praga* e de *outros prejuízos* mencionados pelo Anexo A (1). O conceito de *praga* inclui todo animal ou planta destrutiva que prejudique outros animais ou plantas:

Parágrafo 7.233: Consistente com as considerações antecedentes, pode-se assim dizer que, no contexto do acordo MSF, o termo *peste* deve ser compreendido como referência a animal ou planta que seja destrutiva, ou cause dano à saúde de outros animais, plantas ou

49 Artigo 16 (Diretiva CE 90/220), artigo 23 (Diretiva CE 2001/18), e artigo 12 (regulamento CE 258/97).

seres humanos, ou outro dano, ou animal ou planta incômoda ou que cause desconforto.

Desse modo, a *contaminação por pólen* entre cultivos OGM e cultivos tradicionais é comparada a uma *praga*, ainda quando se trata de pólen de planta transgênica autorizada. O Grupo exemplifica isso com duas situações. Primeiro, se, em razão do movimento de pólen, crescem plantas transgênicas em lugar onde não fossem desejadas, em uma zona de cultivo ecológico (argumento subjetivo):

Parágrafo 7.237: É claro para nós que uma planta que cresça em um lugar onde não é desejada pode, para essa razão, ser destrutiva, causar dano à saúde de outros organismos ou outro dano, ou ser incômoda ou irritante. Por exemplo, uma planta não-desejada em um campo cultivado pode necessitar o controle ou os esforços de erradicação por um fazendeiro (por exemplo, no caso das ervas daninhas) ou diminuir o valor econômico da colheita que o fazendeiro está tentando aumentar (por exemplo, porque seu mercado é não-OGM com baixa ou pouca tolerância para impurezas).

Segundo, no caso de que as plantas transgênicas fossem resistentes a herbicidas ou insetos e que, ao introduzir seu pólen em outras plantas, gerassem danos à diversidade, a vida ou a flora selvagem (argumento indireto):

Parágrafo 7.248: Nós estamos satisfeitos com o fato de que, mesmo se uma planta GM que cruze com outras plantas não seja vista como uma *praga*, os híbridos poderiam ser considerados como *pragas* para as finalidades do anexo A(1), na medida que têm traços introduzidos indesejados (tais como, a resistência ao herbicida ou a insetos) e prejudicam a vida ou a saúde animal, vegetal ou humana ou resulte em outro dano. Por exemplo, o traço resistente ao herbicida poderia ser conferido a um híbrido, que poderia dar-lhe uma vantagem seletiva quando o herbicida relevante fosse usado. Ou seja, esta planta poderia tornar-se persistente ou invasora e, assim, gerar um risco à vida ou à saúde da flora selvagem ou da fauna.

De outro modo, o Grupo não disse que os OGM sejam pragas *per si*, mas admite que podem ser consideradas pragas pelos produtores de plantas tradicionais (por exemplo, os que cultivam segundo métodos ecológicos), ou que possam chegar a facilitar a introdução de outras *pragas* (resistência a herbicidas ou insetos). Esta caracterização da noção de *pragas* torna subjetivo o conteúdo do conceito, o qual pode mudar segundo quem for o destinatário da norma.

Por outra parte, Os OGM podem também ser incluídos no conceito de *pragas*, por disseminação não-controlada no meio ambiente. Desse modo, os efeitos a longo prazo nos meios sensíveis (parágrafo 7.2574), os próprios OGM ou híbridos dessas plantas poderiam ser qualificados como pragas relevantes, ou outras plantas ou animais

poderiam tornar-se pragas como resultado do lançamento dos OGM no meio ambiente

(...)

O desenvolvimento de resistências a toxinas e a herbicidas por parte de certos insetos e ervas daninhas (parágrafo 7.2627), híbridos entre plantas convencionais e GM, incluindo plantas resistentes a herbicidas, poderiam ser consideradas como pragas para o propósito do Anexo A(1)

(...)

Os efeitos sobre os organismos não-agrícolas – *non-target organisms*-  
(parágrafo 7.2621)

nós compreendemos organismos *non-target* como plantas e animais (insetos inclusive) que não são os que fazendeiros procuram controlar ou eliminar por meio do cultivo das GM, mas que são afetados pelo cultivo das GM, incluindo o consumo das plantas GM ou os seus componentes (por exemplo, pólen).

São todos casos em que os OGM podem ser assemelhados a “pragas”. Em consequência, quase todos os problemas de coexistência foram incluídos no conceito de “praga” do Anexo A (1). Assim, o Grupo incluiu os OGM no Anexo A (1), fazendo uso do conceito de *outros prejuízos* previsto no inciso “d”. Essa noção indeterminada compreenderia, segundo o Grupo, as perdas econômicas vinculadas ao manejo insuficiente das regras de separação de cultivos, isto é, os problemas econômicos da *coexistência* (parágrafos 7.2631 e 7.632):

(5) Coexistência (...) fazendeiros cultivando grãos tradicionais podem experimentar uma perda de valor econômico de suas colheitas ante a existência de grãos indesejados em plantas geneticamente modificadas nos seus campos (contaminação). A perda poderia resultar de uma circunstância na qual os fazendeiros não pudessem ser mais capazes de negociar suas colheitas como se fossem colheitas não-GM.

Portanto, embora a saúde ou a vida das pessoas, animais ou plantas não se encontrem expostos a riscos diretos, os OGM podem ser incluídos no conceito de MSF por razões estritamente econômicas.

Em último lugar e de acordo com perspectiva tradicional, o Grupo fez referência aos possíveis problemas sanitários sobre as pessoas causados pelos OGM, por exemplo, as alergias e as toxinas:



Parágrafo 7.2578: Nós, igualmente, recordamos nossa opinião de que, se a interação e a exposição a diferentes OGM, que não um alimento ou em um alimento, produziram efeitos alergênicos nas pessoas, os OGM em questão poderiam ser considerados *pragas* no sentido do anexo A(1). Nós constatamos, portanto, que, na extensão em que uma medida procura evitar a entrada, o estabelecimento ou a propagação de plantas alergênicas GM, ela pudesse ser considerada uma medida aplicada para proteger a vida ou saúde humana dos riscos que surgem da entrada, estabelecimento ou propagação das plantas GM enquanto *pragas*. Como tal, cairia no sentido do anexo A (1) (c).

#### O desenvolvimento de resistência aos antibióticos:

Parágrafo 7.2581: (...) nós constatamos que o anexo A(1)(a) abrange as medidas aplicadas para proteger a vida ou a saúde animal dos riscos que surgem da entrada, do estabelecimento ou da propagação das doenças devido à eficácia reduzida dos antibióticos usados para tratar os micróbios patogênicos que se tornaram resistentes a estes antibióticos por meio da transferência de genes. Além disso, constatamos que o anexo A(1)(b) abrange as medidas aplicadas para proteger a vida ou a saúde humana ou animal dos riscos que surgem indiretamente, a saber através de transferência potencial aos seres humanos ou aos animais da resistência conferida aos genes marcadores aos antibióticos usados na medicina humana ou veterinária, dos aditivos nos alimentos ou nos ingrediente.

Em resumo, o Grupo tem realizado uma interpretação mais extensiva dos conceitos do Anexo A (1), para poder incluir, praticamente, todos os problemas ligados aos OGM, em especial os referentes à coexistência. Nesse contexto, deve-se destacar a amplitude do conceito de *praga*, especialmente em sua versão subjetiva. O Grupo não tem dito que os OGM sejam *pragas*, mas inclui os OGM não-desejados neste conceito, o que constitui um posicionamento a destacar.

Finalmente, devemos dedicar alguns parágrafos ao modo com que o Grupo tem avaliado as medidas de salvaguarda, a única matéria da controvérsia que o relatório reconheceu como MSF. Após haver examinado medida por medida, o Grupo chegou a uma série de conclusões coincidentes. Em primeiro lugar, os estudos levantados pelos Estados que teriam por objetivo fundamentar suas medidas de salvaguarda não podem ser assemelhados a uma avaliação de riscos no sentido do Anexo A(4). O Grupo recordou que o Órgão de Apelação no caso Salmões Australianos<sup>50</sup> havia estimado que uma avaliação de riscos deve:

50 Informe do Órgão de Apelação “Australie - Mesures visant les importations de saumons” WT/DS18, par. 121.



Parágrafo 7.3031:1) identificar as doenças (ou pragas) cuja entrada, estabelecimento ou propagação, um Membro quer impedir em seu território, assim como as conseqüências biológicas e econômicas potenciais associadas com a entrada, o estabelecimento ou a propagação destas doenças; 2) avaliar a probabilidade da entrada, o estabelecimento ou a propagação destas doenças [ou pragas], assim como as conseqüências biológicas e econômicas potenciais associadas; 3) avaliar a probabilidade da entrada, do estabelecimento ou da propagação destas doenças [ou de pragas] de acordo com as MSF que puderam ser aplicadas.

Segundo o Grupo, nenhum estudo dos Estados-membros cumpria essas condições. Por um lado, alguns estudos questionados não avaliavam a probabilidade (*likelihood*) de que se produzisse o dano. Por exemplo, Austrália havia estabelecido sua proibição do milho transgênico T25 sobre um estudo que não poderia ser considerado uma avaliação de riscos já que não indicava a probabilidade da produção do dano, mas que se contentava em fazer referência à “possibilidade” de que existam riscos, ou melhor, à simples “impossibilidade” de determinar a probabilidade de acontecimento.

Parágrafo 7.3035: Nós também notamos que o estudo de Hoppichler não indica a probabilidade relativa dos riscos potenciais que identifica, mas, ao invés disso, faz referência às possibilidades de riscos ou, simplesmente, à inabilidade para determinar probabilidades. Por exemplo, o documento declara que ‘há possibilidades de riscos diretos que podem ser avaliados com base em alguns limites, de acordo com o *status* da ciência e da tecnologia’. Ademais, o estudo menciona duas análises a respeito da avaliação de risco ambiental para liberar OGM. Uma citação da primeira análise indica que ‘o impacto ecológico de gramas transgênicas pode ser invasor’ (ênfase adicionada). A segunda análise busca demonstrar que ‘a contaminação de associações de gene naturais através dos genes sintéticos é incalculável, em princípio, na avaliação preventiva de riscos. Esta indicação destaca a ausência de risco estimado associada com o fluxo do gene dos OGM.

Por outro lado, outros estudos questionados, embora avaliassem a probabilidade do risco, não se referiam, especificamente, a produtos OGM. Por exemplo, a medida francesa referente ao MSI/RF/ *oilseed rape* estava fundamentada em um estudo científico avançado que, embora contivesse uma avaliação da probabilidade de riscos, referia-se a todas as variedades de *oilseed rape* tolerantes a herbicidas (por hibridação ou biotecnologia) e não somente aquelas que haviam sido modificadas geneticamente.

Parágrafo 7.3111: “(...) isto é endereçado, no contexto do relatório do BEC, no que diz respeito a todas as variedades tolerantes e não especificamente àquelas de sementes oleaginosas, tolerantes a herbicida, modificadas geneticamente. Além disso, nós notamos

que o relatório 2001 do BEC não fornece nenhuma análise das consequências biológicas e econômicas potenciais, associadas a estes híbridos, nem se propõe avaliar a probabilidade da entrada, do estabelecimento ou da propagação destes híbridos de acordo com as MSF que puderam ser aplicadas. Conseqüentemente, nós não consideramos que o relatório 2001 do BEC cumpre todos os critérios de uma avaliação de risco de acordo com a definição no anexo A (4).”

Pelo contrário, as avaliações realizadas pela CE, sobre as quais se fundavam as autorizações comunitárias atacadas pelos Estados-partes que opuseram a medidas de salvaguarda, são avaliações de risco no sentido do Anexo A(4). Naturalmente, as medidas litigiosas não haviam sido estabelecidas sobre a base dessas avaliações (cf., por exemplo, o parágrafo 7.3058). Todavia, o Grupo tem sido flexível com os argumentos europeus. O relatório admite que um país pode, sob certas circunstâncias, tomar decisões contrárias a uma opinião científica majoritária (parágrafo 7.3053), embora, em tais casos, deva explicar por que e como se chegou à referida conclusão, uma atividade argumentativa que falta nos procedimentos que estabeleceram a medida de salvaguardas (parágrafo 7.03053).

Em conclusão, como as medidas não foram baseadas em avaliações de risco (porque os estudos que as estabeleciam não eram avaliações de riscos, e as avaliações comunitárias não eram seus fundamentos), não poderiam ser compatíveis com o artigo 5.1 do Acordo MSF. Ademais, como havia elementos para fazer uma avaliação de risco (A CE a havia feito), não podemos justificá-las em razão do artigo 5.7, reservado às situações de “informação insuficientes” (cf., por exemplo, o parágrafo 7.3251). Portanto, quase todas as medidas de salvaguarda têm sido declaradas incompatíveis com o Acordo MSF.

### **7.3 O Conceito da cláusula “sem atraso indevido”, a tomada de decisões de “outros interesses legítimos” e a questão do poder discricionário**

Os Estados detêm poder discricionário derivado de sua soberania que lhes permite suspender a livre circulação de mercadorias por motivos sanitários, fitossanitários ou outros fatores legítimos. Este poder deve ser interpretado de modo restritivo, pois constitui exceção ao princípio de livre comércio. Desse modo, exige-se que as restrições estejam justificadas, fundamentem-se em argumentos científicos e que tenham prazo de duração o mais curto possível.

Segundo o Grupo, a moratória e as medidas específicas não são MSF (decisões materiais tendentes a estabelecer nível de proteção sanitária ou fitossanitária), mas decisões de natureza processual. Deste modo, não podem ser julgadas como as normas de avaliação de riscos do artigo 5 do Acordo MSF, tampouco podem estar justificadas pelo artigo 5.7 do citado acordo. Este último constitui a manifestação mais clara do princípio da precaução com base no Acordo MSF<sup>51</sup> e foi expressamente invocado pela CE nas alegações. O mesmo permite adotar MSF provisórias em contexto de incerteza científica, somente até a obtenção de “informação adicional necessária para uma avaliação mais objetiva do risco”. Por isso, a obrigação de reexaminar a medida em um prazo razoável constitui um dos pontos mais difíceis do artigo. Por exemplo, um país não pode justificar uma medida provisória depois de um prazo de 20 anos sem reexame”.<sup>52</sup>

Contudo, a natureza processual da moratória fez que o Grupo a controlasse segundo a cláusula, sem atrasos indevidos, do Anexo C (1) (a). Essas duas fórmulas (prazo razoável e sem atrasos indevidos) são similares, mas os contextos são diferentes. O artigo 5.7 aplica-se, antes de fixar o nível de proteção, diante de situação de incertezas que possibilitem a precaução.

Incerteza e precaução são fatores importantes que justificam os atrasos. Ao revés, o Anexo C (1) (a) pressupõe o estabelecimento de nível de proteção e, conseqüentemente, tem por objetivo apenas controlar os procedimentos tendentes a verificar e assegurar o respeito aos padrões referidos. Portanto, a margem de manobra é mais reduzida no contexto do Anexo C (1) (a) do que no artigo 5.7. Esse esclarecimento ressalta a importância das flexibilidades interpretativas do Grupo, ao analisar o conceito de *sem atrasos indevidos*. Se, em contexto puramente processual, podemos justificar atrasos fundamentados em questões não-científicas, podemos, seguramente, fazer o mesmo diante de uma situação de incerteza técnica.

O Anexo C (1) (a) estabelece:

1. Em relação a todos os procedimentos para verificar e assegurar o cumprimento das medidas sanitárias e fitossanitárias, os membros se assegurarão:

a) de que esses procedimentos se iniciem e terminem “sem atrasos indevidos” e de maneira que não sejam menos favoráveis a produtos importados em relação a produtos nacionais similares;

51 LUFF, D. *Le Droit de l'OMC. Analyse Critique*, Bruxelles: Bruylant, 2004, pag. 277. IYNEDJIAN M. *L'Accord de l'OMC sur l'application des Mesures Sanitaires et Phytosanitaires. Une Analyse Juridique*. Paris LGDJ, 2002, pag. 173. Informe do Órgão de Apelação « Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones) » WT/DS26/AB/R, 1998, par. 124.

52 Informe do Órgão de Apelação, “Japon - mesures visant les produits agricoles” T/DS76/AB/R, 1999, par. 89 à 94.

O Grupo tem construído uma noção flexível de *sem atrasos indevidos*. Existem atrasos *justificados* e *injustificados*, e somente estes últimos estão proibidos pelo direito OMC (parágrafo 7.1488). O qualificativo de *injustificado* implica uma interpretação subjetiva, repleta de conotações políticas. O Grupo dá certos códigos, para julgar os atrasos. Em primeiro lugar, é uma questão que deverá ser analisada caso por caso:

Parágrafo 7.1490: (...) Em nossa opinião, determinar se um procedimento de aprovação particular foi empreendido e/ou terminou 'sem atraso indevido' deve ser feito caso a caso, tomando em consideração fatos e circunstâncias relevantes. Nós consideramos, conseqüentemente, que não seria possível nem útil tentar definir as razões que tornariam um dado atraso 'indevido' e as que não o tornariam 'indevido'.

Por exemplo, o atraso pode durar 2 anos, sem chegar a ser injustificado (parágrafo 7.1489). De outro modo, não há um prazo temporal máximo que possa ser válido para todos os casos analisados. Em segundo lugar, é uma cláusula de *boa fé*, ou melhor, um conceito indeterminado suscetível de interpretação particular:

Parágrafo 7.1491: (...) nós vemos o anexo C(1)(a), primeira cláusula, essencialmente como uma obrigação da boa fé que exige membros seguirem tão prontamente com seus procedimentos de aprovação quanto possível, tomando em consideração a necessidade de verificar e assegurar a realização de seus requisitos SPS relevantes. Conseqüentemente, os atrasos que são justificados em sua totalidade pela necessidade de verificar e assegurar o cumprimento das exigências SPS consistentes com um Membro WTO não devem, em nossa opinião, ser considerados 'indevidos'.

Em terceiro lugar, é uma cláusula não-restrita ou limitada a conceitos científicos:

Parágrafo 7.1493: O Canadá argumenta que um atraso em empreender e completar um procedimento de aprovação deve ser considerado 'indevido' se o atraso é causado por uma medida que não esteja baseada na prova científica. Nós concordaríamos com que os atrasos causados pelas medidas não-baseadas na prova científica possam, em alguns casos, ser considerados *indevidos*. Entretanto, nós não concordamos com que tais atrasos devam, em todos os casos, ser considerados *indevidos*. Um atraso em empreender e em terminar um procedimento de aprovação pode ser causado por uma parada programada provisória do governo como conseqüência de um desastre natural ou de um mal-estar social.

Para finalizar, é uma cláusula que estabelece dupla obrigação: iniciar os procedimentos sem atrasos indevidos e completá-los sem tais atrasos.

Parágrafo 7.1494: (...) A frase *sem atraso indevido* segue a frase *empreender e completar*. Nós consideramos que a frase *sem atraso indevido* relaciona-se não apenas ao verbo imediatamente precedente *completar*, mas também a ambos os elementos do da frase *empreender e completar*. Ou seja, consideramos que o anexo C(1)(a), primeira cláusula, deve ser lido como a exigência de que os membros devem *empreender* os procedimentos de aprovação *sem atraso indevido* e, subseqüentemente, *completá-los* *sem atraso indevido*. Fosse de outra maneira, um membro poderia facilmente contornar a exigência de completar procedimentos de aprovação sem atraso indevido, causando o atraso devido no empreendimento desses procedimentos<sup>53N.T.</sup>.

Uma vez estabelecida a aproximação flexível do conceito, o Grupo analisou a moratória e suas medidas específicas.

### **A - A cláusula “sem atrasos indevidos” na moratória e suas medidas específicas**

O Grupo declarou que a moratória (parágrafo 7.1522) e suas medidas específicas têm produzido *atrasos indevidos* nos procedimentos de autorização comunitários por causas concretas e particulares. No que se refere à moratória, o Grupo encontrou as seguintes causas: em primeiro lugar, o argumento que lhe deu origem – a falta de legislação detalhada em matéria de rotulagem e identificação tal como exigiam os cinco Estados-membros – poderia ter sido resolvida mais rapidamente:

Parágrafo 7.1506: (...) a falta da legislação no nível da CE assegurando a rotulagem e o rastreamento não afetou a habilidade da Comunidade Européia de verificar o atendimento de suas exigências MSF existentes. Finalmente, mesmo se a Comunidade Européia considerasse que as exigências novas e adicionais em relação à rotulagem e ao rastreamento necessárias a ser impostas como condições anexadas às decisões da aprovação, para assegurar o atendimento de exigências MSF existentes (por exemplo, a exigência de evitar efeitos adversos de longo prazo ao meio ambiente), não há nenhuma razão para acreditar que a necessidade e as modalidades de tais condições somente pudessem ser estabelecidas em setembro de 2003.

Em segundo lugar, embora a aproximação de precaução e prudência na identificação, na avaliação e na gestão de riscos possa justificar atrasos:

Parágrafo 7.1515: (...) um Membro que julga apropriado adotar um enfoque prudente e de precaução na avaliação e aprovação de

53 <sup>N.T.</sup> Ou seja, um país poderia retardar o início dos procedimentos de aprovação, não podendo ser cobrado pela conclusão de algo que ainda não iniciou.

aplicações concernentes aos OGM e aos produtos derivados dos OGM, poderia, por exemplo, ter justificativa para pedir informações ou esclarecimentos adicionais de um pretendente em uma situação onde outro Membro considerasse que as informações disponíveis fossem suficientes para realizar sua avaliação e alcançar uma resolução sobre uma aplicação.<sup>1207</sup> [A decisão] se um pedido particular é o reflexo de um cuidado e uma prudência genuínos ou se é um pretexto para atrasar a conclusão de um procedimento de aprovação, precisaria ser determinada à vista de todos os fatos e circunstâncias relevantes.

Este enfoque tem seus limites:

Parágrafo 7.1516: (...) é claro que a aplicação de um enfoque prudente e preventivo é, e deve ser, sujeito a limites razoáveis, sob pena de ignorar a disciplina imposta pelo anexo C(1)(a), primeira cláusula. Certamente, se um membro pudesse infinitamente adiar decisões substantivas com base em uma necessidade percebida relativa ao cuidado e à prudência na avaliação das aplicações, o anexo C(1)(a), primeira cláusula, seria desprovido de todo o significado ou efeito.

A incerteza científica não deve conduzir a uma indecisão prolongada. Se a informação científica é insuficiente (até o ponto de impedir realizar uma avaliação de riscos), podemos tomar decisões provisórias segundo o artigo 5.7 do Acordo MSF:

Parágrafo 7.1518: (...) se a prova científica relevante for insuficiente para executar uma avaliação de risco como definida no anexo A(1) do Acordo MSF, segundo as exigências do artigo 5.1 do Acordo MSF, conforme o artigo 5.7 do Acordo MSF, um membro pode provisoriamente adotar uma MSF com base na informação pertinente disponível.

No que diz respeito às medidas específicas, o Grupo tem estudado cada uma e tem concluído que 24 dos 27 procedimentos analisados haviam sofrido *atrasos indevidos*.<sup>54</sup> As razões para isso têm sido:

- o fracasso da Comissão Europeia na obtenção de votação perante o Comitê de Regulação (*Failure by the Commission to re-convene the Regulatory Committee for a vote on a draft measure*);
- o fracasso da Comissão Europeia para submeter ao Conselho uma proposta de medida (*Failure by the Commission to submit a draft measure to the Council*);

<sup>54</sup> O Grupo realiza um estudo minucioso desde o parágrafo 7.1785 até o parágrafo 7.2379. Para ver o resumo, podem-se consultar os parágrafos 7.2381 e 7.2382.



- o tempo total transcorrido desde a solicitação de autorização (*Total amount of time taken since submission of application*);
- os atrasos em nível nacional (*Delay at member State level*).

Apesar desses argumentos específicos, a razão mais importante que sustenta a argumentação do Grupo é o contexto de moratória. O relatório termina cada análise à presunção de que os Estados membros e as autoridades comunitárias não fizeram tudo o que podiam para prosseguir com a autorização porque sabiam que nenhuma medida seria aprovada no cerne do Conselho da UE enquanto a moratória estivesse em vigor:

Por exemplo, parágrafos 7.2131 e 7.2133:

(...) o Grupo notou que a comissão poderia ter considerado que, devido à 'minoría em obstrução' do Grupo dos Cinco países no Comitê Regulador e no Conselho, uma proposta de medida favorável não conseguiria a maioria qualificada requerida, e aquela comissão teria, então, de completar o procedimento, adotando sua proposta de medida.

(...) nós notamos em nossos resultados preliminares que (i) uma moratória geral em aprovações *de facto* estava em curso na Comunidade Européia, entre junho de 1999 e agosto de 2003 e que (ii) a falha da Comissão, ao submeter uma proposta de medida ao Comitê Regulador após a emissão da opinião do SCP, é consistente com a aplicação de tal moratória. À vista deste e na ausência de refutação eficaz pela Comunidade Européia, nós concordamos com os Estados Unidos sobre ser razoável pressupor que a inércia da comissão era uma consequência da moratória geral em aprovações.

Por conseguinte, a interpretação flexível do conceito de *atrasos indevidos* constitui um controle ambíguo do poder discricionário do Estado nos procedimentos de autorização. Sem o contexto de moratória, uma questão abertamente reconhecida pela CE, seria muito difícil provar a existência de *atrasos indevidos* nos procedimentos específicos analisados.

Em conclusão, o Grupo julgou que a moratória e grande maioria das medidas específicas geravam *atrasos indevidos* em todos os procedimentos de autorização. Contudo, a metodologia de análises empregada e as diferentes justificações admitidas constituem argumentos importantes para os defensores das políticas de precaução.

Por outro lado, o Grupo permitiu a utilização de uma "aproximação de precaução e prudência" nos procedimentos de autorização (parágrafo 7.1515). Assim, podem-se justificar atrasos sob certas *circunstâncias* de incerteza científica, sem necessidade de recorrer ao artigo 5.7:



Parágrafo 7.1525: (...) Nós consideramos que pode ser concebível haver circunstâncias nas quais isto poderia ser justificável. Por exemplo, se surge uma nova prova científica que se opõe à prova científica disponível e a qual é diretamente relevante a todos os produtos biotecnológicos sujeitos a um requerimento de aprovação de pré-comercialização, pensamos que poderia, dependendo das circunstâncias, ser justificável suspender todas as aprovações finais, condicionando-as à avaliação apropriada com base na nova evidência. O atraso resultante na conclusão de procedimentos de aprovação pode, então, ser considerado *não-indevido*.

Essa afirmação é um reconhecimento implícito do princípio da precaução além do artigo 5.7 do Acordo MSF, o que constituirá um argumento importante para futuros conflitos.

## **B - Os interesses dos países em desenvolvimento e dos “outros interesses legítimos”**

Durante o processo, a Argentina havia invocado o artigo 10.1 do Acordo MSF, que obriga os Estados-membros a observar as necessidades especiais dos países em desenvolvimento, ao elaborar e aplicar as MSF (parágrafo 7.1598). O artigo 10.1 estabelece:

Artigo 10.1: Ao elaborar e aplicar as medidas sanitárias ou fitossanitárias, os Membros observarão as necessidades especiais dos países-Membros em desenvolvimento e, em particular, as necessidades dos países-Membros menos adiantados.

Segundo o Grupo, os Estados-membros devem considerar os interesses dos países em desenvolvimento quando aplicam as MSF, mas existem “outros interesses legítimos” mais importantes que devemos considerar: os interesses dos consumidores, do meio ambiente.

Parágrafo 7.1614: (...) Enquanto as Comunidades Europeias devem tomar em consideração os interesses de membros do país em vias de desenvolvimento, ao aplicar sua legislação da aprovação, podem, ao mesmo tempo, levar em consideração outros interesses legítimos, incluindo aqueles próprios dos consumidores, de seu ambiente. Não há nada no artigo 10.1 que sugira pesar na balança os vários interesses em jogo; as Comunidades Europeias devem necessariamente dar a prioridade às necessidades da Argentina como um país em vias de desenvolvimento.

Essa declaração eleva os interesses dos consumidores, do meio ambiente e os “outros fatores legítimos” ao nível dos direitos ao desenvolvimento. Ademais, confirma a interpretação inicial já realizada pelo Órgão de Apelação no caso Hormônios<sup>55</sup>, que incluía as preocupações dos consumidores e “outros interesses legítimos” entre os fatores a considerar durante a gestão de riscos. Contudo, o Grupo, semelhante ao caso Hormônios, não esclareceu qual era o conteúdo exato dos “outros fatores legítimos”.

Referido conceito é tomado do Direito Comunitário, mais especificamente, da legislação europeia de segurança alimentar. Segundo o artigo 6.3 do Regulamento (CE) n.º 178/2002<sup>56</sup>, que estabelece os princípios gerais da legislação europeia.

(...) A gestão de risco observará os resultados da determinação de riscos e, em particular, os ditames da Autoridade Europeia de Segurança Alimentar mencionada no artigo 22, o princípio de precaução, quando forem pertinentes as condições mencionadas no parágrafo 1 do artigo 7, assim como outros fatores relevantes<sup>57</sup> para o tema de que se trata.

Todavia, até no direito comunitário, o conceito não está definido com precisão. O Livro Branco sobre a Segurança Alimentar<sup>58</sup> desenvolve possíveis conteúdos do conceito.

Capítulo 2: Princípios de segurança alimentar: (...) 15. No processo de tomada de decisões da EU, podem-se considerar, igualmente, outros fatores legítimos pertinentes para a proteção da saúde dos consumidores e o fomento das boas práticas no setor da alimentação. Nestes momentos, estuda-se, em nível internacional, especialmente no *Codex Alimentário*, a definição do alcance de ditos fatores legítimos, entre os quais, cabe citar, por exemplo, as considerações ambientais, ou saúde animal, a agricultura sustentável, as expectativas dos consumidores sobre a qualidade dos produtos, a informação correta e a definição das características essenciais de produtos e seus métodos de transformação e produção.

Tratar-se, então, de conceito indeterminado, de natureza aberta, que compreende as considerações ambientais, a saúde animal, a agricultura multifuncional e as expectativas dos consumidores sobre a qualidade dos produtos.

O OSD vai aceitar esse conteúdo amplo, que implica a aceitação das variáveis éticas e sociológicas durante o processo de gestão de risco? Ainda, não está claro.

55 Processo DS26 “*Communautés européennes — Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*”, em especial o par. 245.

56 Regulamento (CE) n.º 178/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de janeiro de 2002, por meio do qual se estabelecem os princípios e os requisitos gerais da legislação alimentar, cria-se a Autoridade Europeia de Segurança Alimentar e fixam-se procedimentos relativos à segurança alimentar.

57 Na versão francesa, fala-se em “d’autres facteurs légitimes” e, na versão inglesa, de “other factors legitimate”.

58 Livro Branco sobre Segurança Alimentar COM (1999) 719 final.

Contudo, como sugeriram vários autores a propósito do caso Hormônio, é um conceito julgado como perigoso para alguns<sup>59</sup> e interessante para outros, especialmente para aqueles que defendem o direito à “soberania alimentar”<sup>60</sup>.

59 HURST D.R. “Hormones: European Communities – Measures Affecting Meat and Meat Products” *European Journal of International Law*, 9(1), 1998, especialmente pág. 23:

(..).The SPS Agreement is... not designed to protect measures which have no basis in science, regardless of whether the party imposing such measures intends to restrict international trade. The Appellate Body’s conclusion condones measures which – although imposing arbitrary and unjustifiable distinctions in levels of protection which interfere with international trade-are imposed to address purely political concerns... [In any case], because legislation reflects mixed objectives, it may be fallacious to speak of a Member’s ‘intent’ at all.

James S. (2000) “An Economic Analysis of Food Safety Issues Following the SPS Agreement: Lessons from the Hormones Disputes” Centre for International Economic Studies. Policy Discussion Paper 0005, University of Adelaide, Australia. Paper presented at the 44<sup>th</sup> Annual Conference of the Australian Agricultural and Resource Economics Society, University of Sydney, janeiro 2000.

60 NOIVILLE C. “Brèves réflexions sur la reconnaissance d’un *droit à la différence alimentaire* dans le commerce international” *Sociologie du Travail*, 2003 pag. 63-76.

## 7.4 Conclusão

O Grupo concluiu que a moratória geral sobre a aprovação de OGM, as medidas relativas aos OGM específicos e as medidas de salvaguarda adotadas pelos Estados-membros violavam o direito da OMC. Todavia, essa declaração não constitui o aspecto mais relevante da decisão, por um lado, porque, ao não emitir recomendações relativas à moratória e suas medidas específicas (pois esta já se havia levantado no momento de emissão do informe), suas conclusões condenatórias são de natureza simbólica. De outro lado, porque, embora emitisse recomendações sobre as diversas medidas de salvaguarda, estas se cumpriram com grande dificuldade. Ao não receber a moratória, os processos comunitários retomaram seu curso normal, e as medidas de salvaguarda nacionais serão comunitarizadas nos prazos previstos. Por isso, as conseqüências práticas de referidas recomendações não são de grande transcendência.<sup>61</sup>

Contudo, o Grupo não tem tomado decisões sobre as questões mais controvertidas: a utilização do princípio de precaução como princípio geral do direito internacional, a seguridade dos OGM, a equivalência em substância dos OGM, os produtos convencionais (*like products*), e a compatibilidade da regulamentação CE sobre OGM com o direito OMC (o problema da autorização prévia, da autorização caso por caso):

Parágrafo 8.3: À luz disso, o grupo não examinou:

- se os produtos de Biotecnologia são geralmente seguros ou não.
- se os produtos de Biotecnologia, na edição desta disputa, são “como” suas contrapartes convencionais. Embora esta reivindicação fosse feita pelos Membros da Reclamação (isto é, os Estados Unidos, o Canadá e a Argentina) com relação a alguns aspetos de suas queixas, o painel não entendeu necessário identificar aqueles aspetos das queixas.
- se a Comunidade Européia tem direito de exigir a aprovação prévia ao comércio de produtos de Biotecnologia. Isto não foi levantado pelos Membros da Reclamação.
- se os procedimentos de aprovação da Comunidade Européia como estabelecidos pela diretriz orientadora 90/220, pela diretriz orientadora 2001/18 e pelo regulamento 258/97, que provêem a uma avaliação caso a caso a exigência de consideração científica de vários riscos potenciais, são consistentes com as obrigações da Comunidade Européia sob os acordos do WTO.

<sup>61</sup> O Grupo excedeu o prazo de 6 meses quando deveria ter apresentado seu informe. Desde 4 de março de 2004 (quando o diretor-geral determinou a composição dos membros) o Grupo Especial adiou a data de apresentação de seu informe várias vezes (18 de agosto de 2004 a março de 2005, de 2 de novembro de 2004 ao final de junho de 2005, de 11 de agosto de 2005 ao final de dezembro de 2005 e de 21 de dezembro de 2005 ao final de março de 2006). É verdade que a matéria em juízo não era fácil, mas estes atrasos poderiam ter por finalidade encontrar uma saída política ao conflito. Durante este tempo, a CE desenvolveu os novos regulamentos 1829/2003 e 1830/2003, portanto deu fim à situação de moratória.

Todavia, há mensagens implícitas que permitem entrever a possível opinião do Grupo acerca de referidos problemas. Em primeiro lugar e em relação à segurança dos produtos biotecnológicos, o relatório autoriza a inclusão dos OGM no conceito de *praga*, o que constitui um juízo de valor tácito difícil de neutralizar. Em segundo lugar e em referência ao problema da equivalência substancial, o Grupo tem realizado uma reflexão importante: ao menos nessa disputa, as diferenças de trato entre os produtos OGM e os convencionais não parecem ser causadas pela origem dos produtos, senão pelas diferenças de percepção de riscos:

Parágrafo 7.2402: (...) mesmo se fosse o caso, como a Argentina parece afirmar, em que o processamento dos testes a respeito dos produtos importados relevantes de Biotecnologia (por exemplo, milho biotecnológico importado) esteve atrasado impropriamente, quanto ao processamento dos testes a respeito das variedades domésticas correspondentes de não-Biotecnologia (por exemplo, milho não-biotecnológico) não for atrasado impropriamente, isto não seria suficiente, para levantar uma presunção que os procedimentos previstos no regulamento 258/97 foram aplicados de forma menos favorável para o grupo de produtos importados do que para o grupo de produtos domésticos. (...) Nestas circunstâncias, não é evidente que a forma menos favorável alegada de processar testes a respeito dos produtos importados relevantes de Biotecnologia (por exemplo, o milho importado) está explicada pela origem estrangeira destes produtos ao invés de, por exemplo, por uma diferença percebida entre produtos de Biotecnologia e produtos novos que não são de Biotecnologia nos termos do cuidado necessário em sua avaliação de segurança, risco para o consumidor, etc.

Isto implica que podemos tratar, de modo diferente, de produtos comparáveis, sempre que não resulte em discriminação entre produtos nacionais e estrangeiros. Sem esta distinção de trato, tem como causa uma diferença na percepção do risco. Esta declaração é de suma importância para a estratégia europeia de introduzir conceitos comunitários na jurisprudência OMC<sup>62</sup>. É a primeira vez que um informe da OMC reconhece a percepção de riscos como justificação legítima de um tratamento diferente em matéria comercial, mesmo quando se trata de produtos comparáveis. Ademais, como a distinção de tratamento se fundamenta em diferenças na percepção do risco, e não na natureza ou função dos produtos, esta interpretação evita abordar os dois problemas mais graves dos transgênicos: o de determinar se os OGM são comparáveis aos produtos tradicionais e se os OGM são tão seguros como os produtos tradicionais.

62 Tanto no processo sobre hormônios como no processo dos OGM a CE, tem defendido seu direito soberano de estabelecer seu próprio nível de proteção, considerando, entre outros fatores, a *percepção do risco*, dos consumidores europeus. A percepção do risco é um dos elementos que intervêm na *Comunicação do risco* ao longo do processo de análise do risco (artigo 3.13 do Regulamento 178/2002). Para a análise da estratégia europeia no marco OMC, podem-se consultar as tese de Fabienne Combet-Madec « La Communauté Européenne face aux défis de la Protection de l'environnement et de la santé publique dans le cadre de l'OMC » Université de Rennes I, leída el 7 diciembre de 2005, em especial sua primera parte « Le recours stratégique de la CE au Système de Règlement des Différends (SRD) de l'OMC afin de promouvoir des interprétations des règles conformes à ses conceptions environnementales et sanitaires »

Finalmente, quanto à filosofia da legislação europeia relativa aos OGM, embora o Painel não tenha julgado sua legalidade, tem seguido um método de análise muito similar. O informe estuda cada medida, caso por caso, sem propor regras gerais ou equivalências substanciais entre produtos. Portanto, seria muito difícil pensar em contradições entre as normas europeias quando o Grupo utiliza a mesma metodologia de análise.

Em conclusão, o Grupo tem sido prudente. Tem condenado formalmente a CE, mas tem-lhe dado muitos argumentos para que possa prosseguir com sua aproximação preventiva. Contudo, ainda permanecem questões sem resposta, no terreno tanto multilateral como comunitário: o controle de discricionariedade no estabelecimento de MSF, no processo de flexibilidade do direito, e o déficit democrático das instituições chamadas a realizar o controle. Definitivamente, a controvérsia dos OGM apresenta-se mais como um problema de natureza política que jurídica.

## 7.5 Referências

- BOISSON DE CHAZOURNES L. "Le Rôle des Organes de Règlement des différends de l'OMC dans le développement du droit: à propos des OGM" em BOURRINET J. e MALJEAN-DUBOIS S. *Le Commerce International des OGM La Documentation Française*, Paris, 2002.
- FLORY T. "Chronique du règlement des litiges de l'OMC", *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, nº 434, janeiro de 2000, p. 54.
- FLORY T. "Chronique du règlement des litiges de l'OMC", *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, nº 434, janeiro de 2000, p. 54.
- HERMITTE M-A, NOIVILLE C. "Marrakech et Carthagène comme figures opposées du commerce international" em BOURRINET J., MALJEAN-DEBOIS S. *Le Commerce International des Organismes Génétiquement modifiés*. Centre d'Estudes et de Recherches Internationales et Communautaires, Universidade d'Aix-Marseille III, 2002.
- IYNEDJIAN M. *L'Accord de l'OMC sur l'application des Mesures Sanitaires et Phytosanitaires: Une Analyse Juridique*. Paris: LGDJ, 2002.
- JACKSON J. *The Jurisprudence of GATT and the WTO. Insights on treaty law and economic relations* Cambridge University Press, 2000.
- JAMES S. "An Economic Analysis of Food Safety Issues Following the SPS Agreement: Lessons from the Hormones Disputes" *Centre for International Economic Studies*. Policy Discussion Paper 0005, University of Adelaide, Australia. Paper presented at the 44<sup>th</sup> Annual Conference of the Australian Agricultural and Resource Economics Society, University of Sydney, janeiro 2000.
- JASANOFF S. "Product, Process, or Programme: Three Cultures and the Regulation of Biotechnology" em Bauer ed. *Resistance to New Technology: Nuclear Power, Information Technology, and Biotechnology*, 1995.
- LEXIQUE ENCYCLO-BIO: [http://www.dictionnaire-biologie.com/biologie/definition\\_61.html](http://www.dictionnaire-biologie.com/biologie/definition_61.html).
- LUFF, D. *Le Droit de l'OMC. Analyse Critique*, Bruxelles: Bruylant, 2004.
- MALJEAN-DUBOIS S. *Droit de l'Organisation Mondial du Commerce et protection de l'environnement*, Bruxelles: Bruylant, 2003.
- NOIVILLE C. "Brèves réflexions sur la reconnaissance d'un droit à la différence alimentaire dans le commerce international" *Sociologie du Travail*, 2003.
- PETITPIERRE A, BOISSON DE CHAZOURNES L., PERREZ F.X., PYTHOUD F., MBENGUE M.M. e THOMAS U.P. "Commerce, Environnement et Regulation International des Biotechnologies" em *Journal of Trade and Environment Studies, Economic Policy and Law*, Geneva, 2004.
- HURST D.R. "Hormones: European Communities – Measures Affecting Meat and Meat Products" em *European Journal of International Law*, 1998.



VOGEL D. *Ships Passing in the Night: GMOs and the Politics of Risk Regulation in Europe and the United State*, Working Paper, EUI – Florence, 2001.



# A Efetividade do Direito Internacional Ambiental

## Capítulo 8

### A EFETIVIDADE DOS PROTOCOLOS DE MONTREAL E DE QUIOTO: UMA ANÁLISE COMPARATIVA

Guilherme do Prado Lima e Larissa Villarroel

## A EFETIVIDADE DOS PROTOCOLOS DE MONTREAL E DE QUIOTO: UMA ANÁLISE COMPARATIVA

*Guilherme do Prado Lima e Larissa Villarroel<sup>1</sup>*

### 8.1 Introdução

A efetividade dos regimes internacionais relacionados a tratados, especialmente os ambientais, depende de um conjunto de fatores e a interação entre eles que podem influenciar tanto positivamente como negativamente. Como exemplo, temos a articulação de países-chave, posicionando-se contrariamente à implementação dos regimes em determinados termos (chamadas “coalizões de veto”<sup>2</sup>), como a posição do Japão em negociações que tentam controlar o setor baleeiro<sup>3</sup>. O oposto lógico dessa posição seria a liderança. Outro exemplo que ilustra a relação entre os fatores é a capacidade de comunicação entre a comunidade acadêmica e os tomadores de decisão dos atores estatais. O âmbito doméstico dos países também possui influência sobre a aderência e a incorporação de decisões internacionais. Como exemplo, é importante considerar as práticas sociais locais e o nível de consolidação institucional do país. Varella<sup>4</sup> traz uma série de indicadores oportunos, como a concordância dos Estados hegemônicos, a cooperação de atores não-estatais e o interesse econômico positivo. É sobre esse último aspecto que pretendemos voltar a nossa atenção a este trabalho.

Apesar de compreendermos a existência desses fatores e acreditarmos que todos merecem devida atenção e que somente um deles, isoladamente, não seja suficiente para a avaliação da efetividade de um tratado, nossa opção foi pela análise dos aspectos econômicos relacionados às questões ambientais, especificamente de dois acordos internacionais: o Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio, acordado em 1987, e o Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima, acordado em 1997. O propósito é a comparação entre os dois regimes, pois possuem grandes semelhanças e, ao mesmo tempo, são exemplos de dois extremos: enquanto o primeiro é considerado um entre os poucos tratados internacionais bem-sucedidos (ao lado, por exemplo, do esforço para a erradicação da varíola), o segundo é tomado por políticos e estudiosos como fadado ao fracasso. O regime da proteção da camada de ozônio e o de mitigação das mudanças climáticas são ambos importantes para a segurança e a saúde humanas, possuindo características globais quanto as suas causas e seus efeitos. Portanto,

<sup>1</sup> Graduandos em Relações Internacionais da Universidade de Brasília – UnB. Pesquisadores de iniciação científica e bolsistas sob a direção da prof. Ana Flávia Barros-Platiau, de 2006 a 2007.

<sup>2</sup> Cf. o papel de bloqueio para Porter e Brown *apud* Le Prestre, 2000, p. 132.

<sup>3</sup> Buzan *et al.*, 1997, p. 78.

<sup>4</sup> No trabalho por ele apresentado nos esforços que originaram essa coleção.

a provisão da camada de ozônio sadia e a redução de emissões de gases de efeito estufa (GEEs) seriam bens públicos globais<sup>5</sup>, dos quais todos os habitantes da Terra poderiam usufruir. Para tanto, existe a necessidade de ação global, para solucionar um problema igualmente global. Frente a isso, deparamos com os problemas da cooperação internacional entre os Estados<sup>6</sup>. Os desafios desses tratados é superar o “efeito carona” e garantir a participação universal<sup>7</sup>. De acordo com suas características e possibilidades, o Protocolo de Montreal conseguiu a adesão de todos os Estados, foi capaz de atingir suas metas e caminhar para a eliminação das substâncias que destroem a camada de ozônio. O Protocolo de Quioto, por sua vez, tem sido considerado incapaz de atrair a participação dos países e de obrigá-los aos termos do tratado<sup>8</sup>, provavelmente não alcançando seus objetivos mesmo após a entrada em vigor, em fevereiro de 2005.

Nosso objetivo principal não é, de forma alguma, a análise pura dos aspectos econômicos, mas, sim, como servem de base para o jogo político, contribuindo para a efetividade dos Protocolos em questão. Evitamos afirmações de causalidade por conta da complexidade dos regimes ambientais internacionais já abordada em que os fatores econômicos não são os únicos. Portanto, nossa ênfase última é política, na medida em que os Estados – como os principais atores, apesar de não serem os únicos<sup>9</sup> – consultam e utilizam-se dos atores e dos fatores econômicos sobre as disputas de poder nas decisões internacionais. A hipótese defendida é que os aspectos econômicos particulares foram favoráveis para a efetividade do Protocolo de Montreal; entretanto, quanto ao Protocolo de Quioto, não há contribuição decisiva e, inclusive, há complicações e impedimentos. Em alguns momentos, consideramos fatores tecnológicos, pelo fato de os dois tipos de aspectos estarem relacionados, especialmente quanto aos processos industriais, à pesquisa e ao desenvolvimento (P&D).

Existe ampla posição na literatura sobre a possibilidade de utilização do modelo do Protocolo de Montreal como exemplo para a construção de um tratado sobre mudanças climáticas mais efetivo e eficiente que o Protocolo de Quioto<sup>10</sup>. Entretanto, Barrett posiciona-se criticamente à replicação dos termos do Protocolo de Montreal, considerando que estamos diante de lógicas econômicas diferentes<sup>11</sup>. Além disso, é preciso atentar para os momentos em que as iniciativas foram tomadas e a evolução dos dois tratados, que dificultam a comparação entre os dois, como, por exemplo, o fato dos arranjos do Protocolo de Montreal já terem sido modificados intensamente, para chegar-se ao que é hoje, enquanto o Protocolo de Quioto pode ser considerado um acordo relativamente recente. Considerando todas essas diferenças, devem-se, contudo, procurar soluções criativas e pensar uma estrutura adaptada às características

5 Barrett in Kaul *et al.*, 1999.

6 Sobre cooperação internacional, seu funcionamento e dilemas, cf. Keohane, 2005 e Rosenau e Czempiel, 2000.

7 Cf. conceito de “completeness” em Barrett, 2003.

8 Barrett, 2003, p. 359.

9 Cf. Held *et al.*, 1999 e Keohane e Nye, 2000.

10 Benedick, 1999, p. 4.

11 Barrett in Kaul *et al.*, 1999.

do regime de mudanças climáticas. Ou seja, a impossibilidade de replicação do Protocolo de Montreal não é a impossibilidade *per se* de um tratado efetivo. Tomando por base a abordagem de Barrett, consideramos que essas diferenças nas lógicas econômicas contribuem largamente para a compreensão sobre por que um tratado possui efetividade, e o outro, não.

Quanto ao conceito de efetividade, gostaríamos de expor duas principais significações que cumprem o propósito da nossa análise. Primeiro, por efetividade, deve-se entender o compromisso dos Estados – a participação do maior número e ou a presença dos mais relevantes – em implementar, nacionalmente, as decisões tomadas e oficializadas nas negociações internacionais, como fruto da capacidade de adotar normas e atingir os objetivos das decisões. Segundo, efetividade deve ser também entendida como os resultados alcançados das ações tomadas, com foco nos fins que se pretendem atingir. Portanto, a dupla face da efetividade aproxima-se conceitualmente da distinção feita por alguns autores<sup>12</sup> entre eficácia e efetividade da norma internacional. A primeira significação, assim como o conceito de eficácia, volta-se para a capacidade de adoção de propósitos internacionais, enquanto a segunda significação, como a efetividade, está relacionada, aos resultados realizados. Ambas as significações estão inter-relacionadas: no Protocolo de Montreal, a ampla adesão dos países e a implantação de políticas de fato possibilitaram o objetivo de redução de CFCs na atmosfera; no Protocolo de Quioto, apesar de vários países participarem (inclusive alguns dos mais relevantes), não se observa a adoção massiva de políticas, portanto o resultado de redução de GEEs está mais difícil de ser vislumbrado. É preciso lembrar que a efetividade-nula e a efetividade-total são tipos ideais, dois extremos do mesmo espectro, e que existe um *continuum* entre eles, no qual os tratados podem estar em níveis diferentes de efetividade.

O último aspecto geral dos Protocolos que cabe ressaltar é a interdependência entre os dois regimes<sup>13</sup>. Diversas substâncias associadas à destruição da camada de ozônio são também identificadas como causadoras de aquecimento global, como o brometo de metila. Mais agravante que isso são as substâncias que têm sido adotadas como substitutos possíveis e viáveis de CFCs, mas que são, ao mesmo tempo, gases de efeito estufa<sup>14</sup>, o que coloca o controle dessas substâncias em situação delicada. Como é comum escutar de ecologistas e biólogos, a natureza comporta-se como um todo vivo, em interações diversas e complexas difíceis de serem abarcadas em compreensão completa e mais difícil ainda no estabelecimento de políticas públicas.

Ao fim desta introdução, passamos a esclarecer a estrutura deste trabalho para alcançarmos os objetivos propostos. A seção seguinte dedica-se a algumas considerações acerca dos Protocolos, ressaltando quaisquer características relevantes e levando em

12 Varela, na presente coleção.

13 Oberthur, 1999.

14 Como foi o caso, por algum tempo, do HCFC, posteriormente considerado também como agressivo à camada de ozônio.

conta aspectos da evolução e do estado atual dos regimes sob análise. A terceira seção trata, propriamente, do objetivo do trabalho, ou seja, a análise dos fatores econômicos envolvidos nos dois Protocolos. Levantamos diversos pontos importantes, apesar de não esgotar o tema, para a análise econômica da efetividade dos dois regimes, relacionando os aspectos com o jogo político e outros fatores intervenientes das negociações. Por último, na seção da conclusão, fazemos um balanço das diferenças econômicas e o que propiciou a alta efetividade no Protocolo de Montreal e a baixa quanto ao de Quioto. Consideramos, assim, que muito ainda está para ser feito.

## 8.2 Os Protocolos

### Montreal

A redução da camada de ozônio permite maior incidência dos raios ultravioletas na Terra, intensificando o efeito estufa. Esse tipo de radiação é nocivo a qualquer forma de vida existente no planeta. As radiações ultravioletas afetam os plânctons dos oceanos, responsáveis pela absorção de grandes quantidades de dióxido de carbono. Assim como a produtividade de ambientes marinhos é reduzida pela radiação de UV-B, o crescimento vegetal também é atingido, o que contribui para o aquecimento global. Como se percebe, a presença da camada de ozônio na atmosfera é de grande importância, dadas as consequências globais de sua degradação para a vida, destacando-se a nítida relação com o aquecimento global. Diante do aspecto global da degradação do ozônio e do objetivo comum entre os diversos atores em diminuir e substituir a produção de substâncias nocivas à camada de ozônio, políticas ambientais globais foram elaboradas e vêm sendo implementadas, entre elas o Protocolo de Montreal.

O Protocolo de Montreal, apontado por alguns autores como o tratado ambiental mais eficiente, até hoje<sup>15</sup>, a base para a consolidação do regime de proteção do ozônio, foi assinado em 1987, precedido pela Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio, em 1985. Após dados levantados no mesmo ano pela equipe de pesquisa britânica sobre a Antártida, ficou comprovada a existência de um “buraco” na camada de ozônio sobre a região, o que alarmou setores da sociedade. Durante a Convenção, foi ressaltada a necessidade e a importância da troca de informações entre os governos para aquisição de conhecimento que facilitasse a redução do *buraco* e a proteção da camada de ozônio.

O Protocolo trouxe, pela primeira vez, o princípio das “responsabilidades comuns, porém diferenciadas” para o debate internacional ambiental, estabelecendo

a regulação do consumo<sup>16</sup> e da produção<sup>17</sup> de substâncias que danificam a camada de ozônio (SDOs). As substâncias controladas pelo Protocolo foram listadas em quatro anexos ao Protocolo com as suas respectivas datas para o *phase out*. As datas estabelecidas obedeciam a uma ordem de transição lenta, que acompanharia a evolução do conhecimento científico sobre o tema, o que deixava os países mais “confortáveis” para a adoção e a flexibilização da adoção das metas estabelecidas.

Em 16 de setembro de 1987, as partes acordantes do Protocolo assumiram a meta de reduzir a produção e o consumo de CFCs até 1998 e “congelar” o consumo de gases *halons* até 1992. Pela primeira vez, as sanções comerciais sobre substâncias controladas aos países não-signatários foram abordadas por um Protocolo ambiental. Uma cláusula de restrição de comércio com países não acordantes do Protocolo foi inserida como forma de incentivo positivo para que mais países o assinassem e para prevenir que a produção de substâncias controladas em países não-signatários migrasse para os países signatários (um problema que, nos primeiros anos do Protocolo, ficou conhecido como *mercado negro de substâncias*). Os ditos países em desenvolvimento receberam metas diferentes (“período de 10 anos de graça”<sup>18</sup>), para adequar-se aos objetivos do Protocolo.

Um importante elemento do Protocolo de Montreal foi menção à transferência financeira e tecnológica entre os países-membros, em um de seus artigos, como já constava da Convenção de Viena de 1985<sup>19</sup>. Sua estrutura jurídica foi elaborada de modo a permitir outros ajustes, como a inclusão de novas substâncias destruidoras da camada de ozônio ao longo do tempo, e emendas, fazendo menção à aceitação de custos econômicos para a proteção da camada de ozônio e obtendo a participação quase universal dos países, ao contrário da estrutura apresentada pelo Protocolo de Quioto.

Para melhor compreensão da importância da brecha jurídica que permitiu ajustes e emendas ao Protocolo de Montreal e seus impactos na efetividade do Protocolo, breve retrospectiva das principais emendas faz-se necessária.

Em 1990, na cidade de Londres, o Protocolo de Montreal sofreu a sua primeira emenda. A “Emenda de Londres”, adotada pelo Segundo Encontro de Partes do Protocolo de Montreal, estabelecia a criação do Fundo Multilateral, para contribuir com o financiamento de transferência de tecnologias e capacitação para países em desenvolvimento. Os investimentos do Fundo permitiriam aos países em desenvolvimento

16 Consumo é definido como: produção mais importações menos exportações.

17 Produção é definida pelo texto do Protocolo como: o total da produção menos o volume utilizado como base para a manipulação de outros elementos ou destruído. (tradução livre).

18 Idem

19 Estabelecia princípios de cooperação e pesquisa entre o a países-membros para a realização de monitoramento e compartilhamento de informações que contribuíssem para a redução de gases danosos à camada de ozônio. Pela primeira vez, os países concordaram em um princípio que defendia a idéia de problema ambiental global antes de seus efeitos danosos estarem cientificamente comprovados (princípio da precaução). Para detalhes, cf. BERTHIAUME, 2003.



a construção de estruturas que possibilitassem o cumprimento das metas estabelecidas pelo Protocolo. Idealmente, o Fundo Multilateral seria alimentado de três em três anos pelos países desenvolvidos e teria como principais agências implementadoras o Banco Mundial, o PNUMA<sup>20</sup> e o PNUD<sup>21</sup>.

A Emenda de Londres expandia a data limite para a eliminação de CFCs e *halons* pelos países desenvolvidos para o ano de 2000 (com exceção da “utilização essencial”<sup>22</sup> especificada na Emenda). Aumentaram o número de substâncias controladas, incluindo o metil clorofórmio, o carbono tetracloreto e outros CFCs não-mencionados no Protocolo anteriormente.

Assinada em 1992, durante o Quarto Encontro de Partes do Protocolo de Montreal, a Emenda de Copenhagen estabelecia ajustes no calendário assumido pela Emenda de Londres. A emenda antecipou as datas de eliminação de *halons* e CFCs aos países desenvolvidos, para 1994 e 1996, respectivamente. Os HCFCs foram colocados, pela primeira vez, na lista de “substâncias controladas”. O brometo de metil foi também incluído na lista de substâncias controladas pelo Protocolo, estabelecendo o controle da produção em países desenvolvidos e o “congelamento” da produção a partir de 1995. Assinada em 1995, durante o Sétimo Encontro de Partes do Protocolo de Montreal, a Emenda de Viena ajustou os limites para controle de duas das substâncias danosas à camada de ozônio pelos países desenvolvidos, os HCFCs e o brometo de metil.

Assinada em 1997, a Emenda do Nono Encontro de Partes do Protocolo de Montreal estabeleceu o “congelamento” da produção do brometo de metila até 2002 e definiu como meta a eliminação da utilização do brometo de metila até o ano de 2005, para países desenvolvidos, e 2015, para países em desenvolvimento. A Emenda introduz um sistema de licenças para importações e exportações de substâncias destruidoras da camada de ozônio, incluindo, para contagem dos índices, substâncias novas, velhas e recicladas. O objetivo da criação do sistema de licenças foi diminuir o comércio ilegal de substâncias controladas (“mercado negro”), que, com o passar dos anos, demonstrou-se extremamente eficaz na mitigação do comércio de substâncias ilegais. Assinada em 1999, a Emenda de Beijing estabeleceu a inclusão do bromoclorometano como substância controlada e promoveu novos ajustes de calendários de *phase out*, adequados às realidades econômicas de cada país.

A flexibilidade do sistema de ajustes do Protocolo de Montreal e da execução de suas emendas pode ser atribuída, em parte, à maneira como o corpo decisório do Protocolo, a Convenção de Partes, instância capaz de alterar o texto do Protocolo e controlar suas agendas, está organizado. Além disso, a periodicidade anual do encontro

20 Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente.

21 Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

22 “Usos essenciais” são conhecidos como utilização necessária do elemento poluidor pelo não-conhecimento ou disponibilidade de elementos similares capazes de serem empregados nas mesmas atividades.

da Convenção de Partes do Protocolo de Montreal também é um fator que permitiu maior cooperação e contato entre os diferenciados atores, tornando o Protocolo mais 'sensível' às necessidades de revisão e ajuste propostas por seus membros. O Conselho das Partes promove, a cada reunião, uma revisão das medidas e dos controles dos últimos quatro anos, de maneira comparativa, avaliando a evolução das informações científica, ambiental, técnica e econômica. Ainda durante as Convenções de Partes, ocorrem as sessões do Grupo Aberto de Trabalho, que negocia e desenvolve recomendações para todos os trabalhos da Convenção Geral, criando um fluxo de interlocução entre as áreas econômica, social e científica envolvidas no Protocolo.

A multiplicidade de atores, própria dos regimes ambientais, é evidente quando tratamos de analisar tanto o Protocolo de Montreal quanto o Protocolo de Quioto. Entretanto, no Protocolo de Montreal, notamos sensível cooperação entre os atores, em "colaboração frutífera entre ciência, mídia, governos e organizações das Nações Unidas"<sup>23</sup>.

Ao analisarmos a evolução do Protocolo de Montreal e de suas emendas notamos a presença e a "participação de cientistas, representante de indústrias, formuladores de políticas e ambientalistas"<sup>24</sup>. Apesar da multiplicidade de atores, poucas clivagens se formaram, não persistindo por muito tempo, o que difere do quadro que analisaremos quando tratarmos do Protocolo de Quito, na seção seguinte.

Outro ator de extrema importância para o nosso estudo é o Estado. Aceitamos o pressuposto da corrente realista das Relações Internacionais, que concebe como atores centrais da política internacional os Estados, identificados como formuladores de políticas e os mais capazes de realizar medidas de regulação em seus territórios, neste caso, a redução de SDOs e a promoção da proteção da camada de ozônio. A implementação interna de regulações sobre produção e consumo e restrições sobre indústrias é o grande papel desempenhado pelos Estados para o efetivo alcance dos objetivos. Trazendo este ator para o campo das relações internacionais, sua atuação é importante no processo de barganha e liderança. No caso do regime do ozônio e, especificamente, do Protocolo de Montreal, os governos nacionais acataram as decisões tomadas multilateralmente nos fóruns e nas conferências.

Alguns países destacaram-se neste processo, principalmente os Estados Unidos da América, a respeito da inclusão do tema na agenda ambiental<sup>25</sup>, insistindo junto ao Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente que se mobilizasse para a condução das negociações<sup>26</sup>. A colaboração entre organismos intergovernamentais

23 SARMA, 2005. (tradução livre)

24 MOLINA, 1997. (tradução livre)

25 Poderíamos relacionar tal atuação dos Estados Unidos da América à Teoria da Estabilidade Hegemônica, apresentada por Gilpin e Kindleberger, observando as devidas adaptações para a discussão político-ambiental. Para mais detalhes sobre os postulados da Teoria da Estabilidade Hegemônica, cf. KINDLEBERGER, 1987 e GILPIN, 2002.

26 LE PRESTRE, 2000, p. 133.

foi essencial para o prosseguimento e o enriquecimento dos debates do Protocolo de Montreal. A Organização Mundial de Meteorologia e o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente exerceram papel central na iniciativa das discussões e na revelação da urgência do assunto<sup>27</sup>, por meio da organização de encontros entre representantes e divulgação de relatórios e documentos sobre a situação da atmosfera. É evidente a interação entre OIGs, quando observamos o funcionamento do Fundo Multilateral, por meio de suas principais agências implementadoras, o Banco Mundial, o PNUMA e o PNUD, além de participação em cooperação bilaterais.

A participação delicada de indústrias e firmas do setor de produção e consumo de CFCs foi um ponto-chave. Crucial foi o convencimento dessas indústrias a abandonar tais substâncias. Em primeiro momento, tais indústrias foram imediatamente contra a proibição e a redução da utilização de CFCs, atuando para bloquear as negociações. Entretanto, ao perceberem as possibilidades de lucro no investimento em pesquisas de novas substâncias alternativas e o potencial de exploração do monopólio inicial da nova tecnologia não-poluente, passaram a apoiar a eliminação e contribuíram para elaborar e implementar novas tecnologias, incentivando a utilização de substâncias alternativas, afirmando, por meio de propagandas, a existência de substitutos economicamente viáveis e a preocupação ecológica das empresas como o meio ambiente. É interessante notar que a atuação por interesses próprios por parte das indústrias foi facilitada pelo número reduzido de empresas detentoras da tecnologia de produção de CFCs e de seus substitutos, o que facilitou as negociações. É o caso da Allied Chemical, Imperial Chemical Industries, Great Lakes Chemical e da DuPont. Esta última foi a primeira a desenvolver um substituto para os CFCs e tencionava lucrar sobre seu monopólio.

Como em boa parte dos regimes ambientais, as organizações não-governamentais exerceram um papel ativo. As ONGs participaram das Conferências das Partes e auxiliaram a elaboração de relatório, divulgaram as informações durante as conferências e aproximaram a sociedade civil e os tomadores de decisões. A mídia também teve papel importante na propagação de informações e na conscientização da população, além de atuar como mecanismo de expressão da sociedade sobre o que deveria ser feito para promover a proteção da camada de ozônio, levando em consideração não só os impactos ambientais mas também os aspectos políticos, econômicos e sociais.

Cabe ressaltar a grande importância da comunidade acadêmica desde o princípio das discussões preparatórias para o Protocolo de Montreal. Interconectada por redes e comunidade acadêmicas<sup>28</sup>, a comunidade científica contribuiu com análises, descobertas e investigações, foi responsável pelo primeiro despertar de consciência sobre a urgência do assunto, promovendo discussões que impulsionaram as negociações

27 Sobre o PNUMA, cf. LE PRESTRE, p. 103-104.

28 Ou comunidades epistêmicas, como preferem alguns.

entre as Partes do Protocolo, além de elaborar projeções matematicamente construídas que basearam a adoção das metas de *phase out*. Em primeiro momento, quando ainda não havia certeza científica absoluta, foi com base em teorias e hipóteses científicas – como a hipótese Molina-Rowland<sup>29</sup> – que ocorreram as primeiras mobilizações políticas. Desde então, a comunidade acadêmica atuou em conjunto, para encontrar comprovação e incrementar a atenção a medidas necessárias. Com o apoio de Estados e OIGs, foram criados painéis de avaliação científica internacional que acompanham a eficácia de medidas tomadas, o que é essencial para a formação de consenso e a continuidade do sucesso do Protocolo.

## Quioto

O efeito estufa é causado pela presença de determinados gases na atmosfera terrestre<sup>30</sup>, em que aprisionam parcela do calor gerado pela interação da luz solar com a superfície da Terra, refletido de volta ao espaço. Ainda que grande parte da comunidade científica reconheça que o aquecimento global<sup>31</sup> seja um fenômeno natural, diversos cientistas questionam a exacerbação da importância da cota de influência antropogênica no fenômeno.

A ala defensora da exacerbação antropogênica enfatiza o papel do homem para o agravamento do efeito estufa. Os críticos dessa hipótese ressaltam o papel dos fenômenos naturais independentes da ação antrópica e a relação das metas de redução do efeito estufa com outros objetivos, entre eles, os de origem econômica.

Em relação aos defensores da hipótese antropogênica, observa-se tendência a enfatizar os efeitos do dióxido de carbono para o agravamento do efeito estufa. A despeito de não ser o gás em maior quantidade na atmosfera que causa o efeito estufa, o dióxido de carbono possui as maiores concentrações atmosféricas e nela permaneceria em torno de 140 anos. O aumento da concentração desse gás na atmosfera seria resultado direto do aumento de atividades econômicas, sobretudo dos setores de energia, transporte e desmatamento. Os adeptos da hipótese antropogênica acreditam que já existem suficientes evidências sobre os impactos negativos da mudança climática para que sejam tomadas medidas que visem à redução da concentração de gás carbônico na atmosfera.

Em 1989, a Assembléia Geral da ONU realizou a Conferência Mundial sobre o Clima, em Genebra (1990), respaldada pelo primeiro relatório divulgado pelo IPCC, que confirmava o problema do aquecimento global. Durante a Conferência, foi estabelecido,

<sup>29</sup> PARSON, 1996, p. 19.

<sup>30</sup> Vapor d'água, ozônio, dióxido de carbono, metano, óxido nitroso, clorofluorcarbonos, hidrofluorcarbonos e perfluorcarbonos.

<sup>31</sup> Ressalte-se, neste ponto, que o vocábulo *global* denota o nível de análise adotado para o estudo de tais mudanças climáticas. Isto significa que, enquanto a tendência global possa ser de aquecimento, é perfeitamente possível que, em determinadas regiões, haja diminuição da temperatura.

formalmente, o início das negociações da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), em 1992. A intensificação do efeito-estufa, que contribui para o aquecimento global, é um dos principais pontos abordados pelo Protocolo de Quito, aberto para a assinatura dos países interessados desde 1997, no âmbito da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas.

Em 1994, foi instituída a Conferência das Partes (COP) como órgão supremo da Convenção, cuja responsabilidade é examinar, anualmente, sua implementação e os instrumentos jurídicos que venham a ser adotados em seu favor. A primeira COP ocorreu em Berlim, em 1995; nela foram estipulados os limites de emissão de Gases de Efeito-Estufa (GEE). Além disso, foi nesta COP que surgiu a idéia de instituir Atividades Implementadas em Conjunto (*Activities Implemented Jointly* - AIJ), embrião do que viria a tornar-se o mecanismo de *Joint Implementation* (JI). Esta modalidade de implementação propunha atividades de cooperação internacional que incluíam a participação dos países em desenvolvimento em prol da redução da emissão de GEE. Ainda no mesmo ano, foi prevista a criação do mecanismo de concessão de direitos sobre créditos de carbono ('mercado de crédito de carbono').

Inicialmente, havia certa resistência à criação de mecanismos de flexibilização dos compromissos adotados em 1992 por meio da Convenção. Entretanto, a partir da assinatura do Protocolo de Quioto<sup>32</sup>, em 1997, por 84 países, tais mecanismos tornaram-se instrumentos legais para a consecução de metas de redução pelos países desenvolvidos (JI<sup>33</sup> - Implementação Conjunta, Comércio de emissões e MDL – Mecanismo de Desenvolvimento Limpo).

A Implementação Conjunta é uma modalidade de acordo proposta pelos EUA, negociada bilateralmente e de implementação conjunta dos objetivos definidos no Protocolo entre os países integrantes do Anexo I. Por meio do JI, um país desenvolvido pode vir a adquirir créditos de carbono, ao investir em projetos ambientalmente otimizados em outros países do Anexo I.

O MDL consiste em modalidade de acordo proposta pelo Brasil, na qual, inicialmente, os países desenvolvidos deveriam depositar, em um fundo, recursos financeiros, por não terem atingido as metas estipuladas no Protocolo de Quioto. Os recursos deste fundo seriam redirecionados para projetos executados nos ditos países em desenvolvimento desde que reduzissem, comprovadamente, as emissões de carbono ou retirassem carbono da atmosfera. Esta proposta punitiva não foi aceita e fizeram-se adaptações. Atualmente, uma Parte do Anexo I pode adquirir créditos de carbono, ao investir em projetos de reduções certificadas de emissões (RCE) de carbono

32 Conforme o acordado em Quioto, as Partes, Anexo I da Convenção, deveriam reduzir a emissão total dos gases listados no Anexo B do Protocolo em, pelo menos, 5% abaixo dos níveis de 1990, no período de 2008 a 2012, e deveriam manter os níveis estipulados de emissão para os gases do Anexo A.

33 JI - Joint Implementation.

desenvolvidos nos países estipulados entre as partes não-Anexo I. Este mecanismo de flexibilização visa a beneficiar os países em desenvolvimento, enquanto a Implementação Conjunta, visa a beneficiar as partes Anexo I, os países desenvolvidos.

O Comércio de Emissões é realizado por meio da negociação no mercado de carbono internacional de Reduções Certificadas de Emissões (RCE). O Protocolo propõe medidas necessárias ao cumprimento das metas, atribuindo ênfase às obrigações dos países desenvolvidos e à necessidade de participação significativa dos países em desenvolvimento.

O impacto da comunidade científica sobre o Protocolo de Quioto, ao contrário do de Montreal, pode ser classificado como decadente, em parte, pela exarcebção do consumismo característico da sociedade moderna. A busca por padrões de consumo ilusórios baseados no perfil do Norte reduziu o poder de convencimento e persuasão da comunidade científica quanto à importância de diminuir a velocidade de exploração dos recursos naturais, principalmente, no caso de derivados do petróleo.

### 8.3 Análise dos fatores econômicos

Apresentamos, nesta seção, aspectos econômicos que podem contribuir para a compreensão do fenômeno da efetividade nos dois Protocolos em estudo. Não pretendemos, nem temos condições de fazer, consideração abrangente de todo o lado econômico envolvido nessa questão. Portanto, apontamos os fatores mais evidentes, dos quais as informações são mais acessíveis e mais relevantes, na medida em que os impactos políticos sejam mais observáveis. Para ressaltar nossa posição, cabe descartar variáveis que não são explicativas, porque, nos casos estudados, possuem comportamento semelhante, portanto podem ser eliminadas como variáveis de controle. Uma delas seria a incerteza científica que pode ser associada à falta de legitimidade do tratado e implicar a baixa efetividade. Comparando Montreal<sup>34</sup> e Quioto, observamos que o surgimento de ambos ocorre sem base de certeza científica. Entretanto, o princípio da precaução vigora em um, mas foi incapaz de atrair a participação dos Estados no outro. Uma explicação descartada por Barrett<sup>35</sup> é a tentativa de dizer que as mudanças climáticas são uma descoberta científica mais recente, enquanto, na verdade, ambos os fenômenos são estudados há cerca de um século. Por conseguinte, parece-nos apropriado que a economia dos regimes seja parte das explicações fundamentais da efetividade, sem, contudo, eliminar previamente outras hipóteses potenciais.

<sup>34</sup> Benedick *apud* Barret in Kaul *et al.*, 1999.

<sup>35</sup> 1999.



“A economia do problema (...) é amplamente dada. Os termos do tratado proposto para sustentar a cooperação, ao contrário, são escolhidos”<sup>36</sup>. Em visão ampla, economia diz respeito à relação entre custos e benefícios da provisão dos bens públicos globais. Quando falamos em termos dos tratados, movemos para o âmbito político, pelo qual se decide como custos e benefícios serão distribuídos entre os atores internacionais. Não é, portanto, a economia que (im)possibilita a cooperação internacional, mas os resultados políticos de sua instrumentalização. Quando analisamos os Protocolos de Montreal e de Quioto, estamos diante de problemas que possuem relações de custo-benefício diferentes e tratados que abordaram essas relações de forma diversa.

Um aspecto basilar da economia relacionada ao Protocolo de Quioto entremeia-se com fundamentos políticos delicados. As questões relacionadas aos CFCs e outras substâncias agressoras ao ozônio são, por vezes, consideradas de reduzida importância econômica<sup>37</sup>. Por outro lado, as emissões de GEEs estão, em importantes países, envolvidas com o setor energético<sup>38</sup>. O caráter estratégico desse setor, como força motriz da economia e do desenvolvimento do país, potencializa as posições políticas dos governos. Quando isso chega às mesas de negociações, limitados por arranjos institucionais e grupos de interesses internos, os representantes cristalizam a dificuldade de ceder nesse campo. Arcar com os custos da transformação da matriz energética, abrindo mão desse setor estratégico, de fato, não parece decisão racional, no curto e médio prazo.

Entre o Protocolo de Montreal e o de Quioto, existe diferença na questão dos atores envolvidos, no que se refere às empresas ganhadoras e perdedoras, com a implementação dos tratados. A situação do Protocolo de Montreal foi tal que se observa o que chamamos de “consonância de atores ganhadores *ante e post*”. Ou seja, as empresas que obtinham lucros da produção e da comercialização de substâncias destruidoras da camada de ozônio, especialmente os CFCs, permanecem as mesmas que se beneficiaram do comércio de novas substâncias. Suas atividades não foram banidas com o advento do Protocolo, somente as substâncias deveriam ser substituídas. Apesar dos custos dessas operações, é visível que os benefícios permaneçam para o mesmo grupo de atores que a situação inicial. Portanto, não há entraves nesse ponto.

Quanto ao Protocolo de Quioto, existe “discrepância de ganhadores *ante e post*”. Os principais ganhadores com a atual situação de altas taxas de emissões de GEEs são as empresas relacionadas à cadeia de exploração e produção petrolífera e petroquímica e as indústrias geradoras de energia elétrica por meio de combustíveis fósseis. O alvo indireto, porém explícito, das metas de redução do Protocolo de Quioto são exatamente os combustíveis fósseis. Logo, a situação posterior à implementação é de diminuição da importância desses atores e de *shift* para o setor de energias

<sup>36</sup> Barrett in Kaul *et al.*, 1999.

<sup>37</sup> European Partners for the Environment. <<http://www.epe.be/workbooks/sourcebook/1.4.html>>

<sup>38</sup> Viola, 2004.



alternativas, limpas e renováveis, que, além dos maiores potenciais não estarem nos países assentados sobre o petróleo, não é dominado pelas empresas beneficiadas na situação inicial. Existe difusão espacial da produção e comercialização das energias alternativas, com caráter mais local, além da gama amplamente diversificada de tecnologias relacionadas. Essa assimetria de ganhos e perdas pode explicar a posição de bloqueio e veto nas negociações internacionais.

Ainda tratando da abordagem dos atores envolvidos, temos mais uma situação favorável à capacidade implementadora do Protocolo de Montreal. Quando observamos a dinâmica de produção e comercialização dos CFC particularmente, esses processos estão concentrados em torno de pequeno número de grandes empresas<sup>39</sup>, tão reduzido que a mais citada é a americana DuPont<sup>40</sup>, seguida por outras, como a Allied Chemical, a Imperial Chemical Industries e a Great Lakes Chemical<sup>41</sup>. Essa concentração ocorre ao nível dos países, em relação tanto à produção quanto ao consumo. Apesar de quase todos os países possuírem alguma taxa de emissão de CFCs, os desenvolvidos eram responsáveis por 98% da produção e 88% do consumo no início das negociações do Protocolo de Montreal<sup>42</sup>. Tal situação é ilustrada pela afirmação de um diplomata indiano a Richard Benedick, diplomata americano: *rich man's problem, rich man's solution*<sup>43</sup>. A existência de poucas empresas possibilitou posição mais coesa do grupo, que, em primeiro momento, no início das negociações, colocou-se contrário à substituição das substâncias<sup>44</sup>, atuando fortemente para bloquear as decisões. No segundo momento, a perspectiva de ganhos, como os já discutidos, redesenhou a posição dessas empresas. A DuPont, uma das primeiras a anunciar a decisão por substituir os CFCs nas suas atividades, foi responsável pelo desenvolvimento de substitutos economicamente viáveis, investindo em pesquisa. O tamanho desse grupo é um facilitador para a capacidade dos Estados e organizações não-governamentais de interferir e influenciar a importante posição do grupo, agilizando o processo de negociação.

No caso das emissões de GEEs, especialmente do dióxido de carbono, as fontes poluidoras são várias e encontram-se amplamente dispersas. Apesar da participação atual e histórica maior dos países desenvolvidos, as emissões são intensas em países em desenvolvimento considerados emergentes, como China e Índia, com projeções de superação dos países desenvolvidos em, provavelmente, duas ou três décadas, mantido o ritmo de crescimento populacional e de industrialização<sup>45</sup>. Os fatores relacionados a essa multiplicidade de fontes poluidoras são os mais diversos possíveis. A questão dos combustíveis fósseis retorna à análise pela complexidade da cadeia de produção e consumo do petróleo e seus derivados, que abrange desde o nível internacional, com

39 Para um quadro comparativo entre os dois regimes, cf. Liftin *apud* Le Prestre, 2000, p. 277.

40 Le Prestre, 2000, p. 151.

41 Buzan *et al.*, 1997, p. 78.

42 Benedick, 2000, p. 25.

43 *Idem*, p. 5.

44 Buzan *et al.*, 1997, p. 78. Le Prestre, p. 151, 2000.

45 Benedick, 2000, p. 26.

organizações como a OPEO (Organização dos Países Exportadores de Petróleo), passando pelas interações transnacionais, como as empresas petrolíferas, e pelo poder político doméstico de indústrias, como a automobilística e a aeronáutica. Além disso, temos de considerar atividades difundidas nos países em desenvolvimento, responsáveis pela grande parte das emissões, que são os desmatamentos, as queimadas e a agricultura rudimentar<sup>46</sup>. Fica evidente que o arranjo de atores no Protocolo de Quioto é mais complexo do que o do Protocolo de Montreal. As políticas no âmbito das metas do Protocolo de Quioto influenciam negativamente, de alguma forma, todos esses atores. A multiplicidade de interesses parece impraticável de ser articulada. Participando somente dos custos, nenhum ator racional ficaria calado.

O objeto do Protocolo de Montreal possui características essenciais que possibilitaram a regulação bem-sucedida. As substâncias poluentes que se pretende banir são produzidas em processos industriais e comercializadas, ou seja, elas são, por si próprias, produtos e, em vários procedimentos, serviam de bens intermediários, como é o caso da utilização de CFCs em refrigerantes, em geladeiras ou em propelentes em aerossóis. A situação de valor econômico das substâncias agressoras favoreceu um arranjo regulador de restrições ao comércio entre países, além das medidas domésticas para a eliminação na produção. O modelo elogiado do Protocolo de Montreal de instituir a proibição de substâncias reguladas com países não-membros do acordo é identificado como grande avanço para combater o efeito carona e estimular a adesão dos países, que chega a ser quase total<sup>47</sup>. Ao longo das negociações, surgiu uma proposta entre as Partes de restrição ao comércio de produtos fabricados com CFCs, não somente os próprios CFCs ou os bens com base neles, mas também os produtos que incluíram o uso de CFCs em seus processos. Contudo, essa consideração foi descartada diante da impraticabilidade de implementação e acompanhamento de tal restrição<sup>48</sup>. Um dos remanescentes desafios do Protocolo de Montreal está relacionado ao comércio, mas na parcela ilegal, ou seja, no mercado negro de substâncias destruidoras de ozônio.

Ao pensarmos no objeto de controle do Protocolo de Quioto, que são os gases de efeito estufa, é fácil depreender que o que está em jogo não é um bem ou um produto comercializado que possa ser banido ou substituído. Diferentemente dos aspectos do Protocolo de Montreal, a poluição de efeito estufa não possui valor econômico em si; é um efeito colateral – ou uma externalidade negativa, para utilizar a terminologia econômica – do processo produtivo. Entre as medidas do Protocolo, existe a tentativa de “mercadorizar” as emissões, transformando-as em bens comercializáveis, ou melhor, não as emissões, mas a ausência de emissões. Esse seria o princípio do mercado de

46 No Brasil, essas atividades são responsáveis por 75% das emissões, segundo informações da Comunicação Nacional do Ministério da Ciência e Tecnologia.

47 Os Estados que não participavam eram Afeganistão, Andorra, Butão, Eritreia, Guiné-Bissau, Iraque e São Marino, segundo Barrett, 2003. Entretanto, tornaram-se parte do Protocolo com, no mínimo, a assinatura: Guiné-Bissau, em 2002, Afeganistão e Butão, em 2004, e Eritreia, em 2005. Além dos restantes, a página do Protocolo aponta como não-participantes: Timor Leste, Santa Sé e Montenegro.

48 Barrett, 2003.

“créditos de carbono”. Os países desenvolvidos poderiam vender e comprar entre si as cotas de redução de emissões, obtidas por meio de execução de projetos de cooperação internacional relacionados à redução nas fontes ou à remoção (“seqüestro” de carbono) da atmosfera. A idéia de restrição de comércio de bens fabricados com emissões, como no Protocolo de Montreal, apresentou sérios entraves. Seria exigida a mensuração das emissões envolvidas na produção de cada produto comercializado, o que é uma tarefa impraticável. Considerando que a restrição do comércio, como forma de protecionismo, é prejudicial também aos países que a adotam, medidas que limitassem todos os produtos não seriam confiáveis e bem aceitas pelos países-partes. A adoção de medidas assim é extremamente delicada em seus termos, uma vez que podem infringir normas bem estabelecidas do comércio internacional, como o princípio da não-discriminação ou o da não-restrição do comércio com base nos métodos de produção e processos. Diante disso, restrições podem ser um fardo para todos os países e ser inexpressivas na melhoria da situação das mudanças climáticas<sup>49</sup>.

Um problema semelhante ao efeito-carona e relacionado com as restrições ao comércio é o que Barrett<sup>50</sup>propõe: o “vazamento” (*leakage*). À medida que os países-partes do Protocolo assumem medidas de redução de emissões, limitando suas atividades, ocorre a transferência da vantagem comparativa nas atividades poluidoras para os países que não adotam tais medidas, ou seja, a realocação da produção. A diferença é que o efeito-carona não depende do comércio internacional, e os benefícios para os países não-participantes incluem o usufruto de um bem público global, como a proteção contra raios ultravioletas por meio da conservação da camada de ozônio. A forma de deter os ganhos dos países com produtos de atividades não-sustentáveis é garantir a participação universal, um desafio explicitamente bloqueador no Protocolo de Quioto. Enquanto isso, o banimento das importações de países não-participantes de substâncias controladas teve efeito positivo, ao frear o “vazamento”. Além disso, o que permitiu deter esse processo foi a participação quase universal. No caso do Protocolo de Quioto, a redução de emissões ligar-se-á ao mercado internacional de energia, ocorrendo a baixa mundial nos combustíveis fósseis a médio prazo. Então, haverá aumento de consumo pelos países não-comprometidos com a redução de emissões de GEEs. A falta de consenso acadêmico a respeito das causas do aquecimento global e da necessidade de determinação de medidas de redução do gás carbônico na atmosfera, que poderá afetar o nível de atividade econômica de determinado país, é um dos fatores que contribuem para a fraca efetividade do Protocolo de Quioto.

Partindo de premissas econômicas e cálculos racionais, que envolvem custos e *trade-offs*, o mercado, compreendendo as indústrias petrolífera, automobilística, madeireira e a pecuária, tem a necessidade de maiores informações sobre os impactos das mudanças climáticas e seus custos de adaptação para que se realize a análise de

49  
50

Idem.  
2003.

custo-benefício de políticas voltadas para a redução do efeito estufa, ao contrário do que ocorreu com o setor produtivo envolvido no Protocolo de Montreal, na qual o sistema de *carrots and sticks*<sup>51</sup> era visivelmente mais atrativo. O apelo por maior cautela e mais dados, principal base do *lobby* das grandes indústrias petrolíferas, adviria destes fatos: o vapor de água é o gás de efeito-estufa mais importante e não é afetado diretamente pela atividade humana; como os oceanos possuem grande capacidade de reter calor, e isso não é facilmente mensurado, há grande imprevisibilidade quanto ao efeito de emissões passadas e futuras; previsões de PIB e de emissões de gases de efeito estufa são difíceis de serem realizadas. Desse modo, alguns lobistas afirmam que, como há múltiplos gases de efeito-estufa, a atenção exclusiva a taxas de gás carbônico seria certamente insuficiente.

Ainda que os processos de negociação dos dois Protocolos tenham tido rumos diferenciados e com diferentes resultados, podemos observar que, em ambos os casos, os países reconheceram a necessidade de promover a cooperação internacional, apesar da incerteza científica. Alguns fatores contribuíram para a evolução do Protocolo de Montreal e de suas emendas sem muitas oposições e embates; foram eles: a existência de poucos produtores de clorofluorcarbonetos, a existência de alternativas economicamente viáveis e o fato de os custos de produção dos substitutos serem relativamente baixos. Grande parte da produção de clorofluorcarbonetos era produzida por apenas duas grandes empresas, a Dupont e a General Eletrics. Assim, o processo de eliminação do uso de tais substâncias seria simplificado sobremaneira, uma vez que esses dois atores fossem convencidos a adotar alternativas, o que não foi difícil, pois já haviam sido desenvolvidas alternativas economicamente viáveis. Se, inicialmente, as indústrias químicas opuseram-se diante da perda econômica que lhes representaria ter de abandonar a produção de CFC, logo perceberam as perspectivas de ganhos com a produção de substâncias alternativas.

Quanto às clivagens existentes entre os países e os grupos de interesse com relação ao Protocolo de Montreal, podemos observar dois momentos distintos. Em primeiro momento, ocorreram três focos principais de oposição: 1) a Índia partilhava com a Comunidade Européia a intenção de exportar clorofluorcarbonos; ambos se opuseram à diminuição de sua produção, eram a favor apenas da redução do consumo<sup>52</sup>; 2) as indústrias químicas representaram uma barreira inicialmente, logo rompida; 3) de um lado, havia os Estados Unidos<sup>53</sup> a favor do banimento da produção de CFC, pois já possuíam substitutos para suas indústrias; do outro, havia a Europa, o Japão e a União Soviética, que defendiam apenas o congelamento da produção.

51 Sistema de incentivos e punições.

52 LE PRESTRE, 2000, p. 134. Tanto a Índia quanto a Comunidade Européia agiram como Estados bloqueadores, visando a interesses internos.

53 LE PRESTRE, p.133. Os Estados Unidos são enquadrados entre os Estados que evoluíram do papel de bloqueadores nas negociações sobre a proibição dos CFCs, no contexto do Protocolo de Montreal, quando pretendiam que a proibição fosse gradual, para o de fator de pêndulo, para que sua posição inicial reforçasse as concessões perseguidas.

Em segundo momento, após o Protocolo de Montreal sobre Substâncias que destroem a Camada de Ozônio, observa-se apenas um caso de recusa de aceitação do Protocolo. A China e a Índia<sup>54</sup> defendiam maior clareza sobre a assistência técnica e financeira que lhes seriam fornecidas pela eliminação da produção de CFC, o que foi negociado posteriormente com a criação do Fundo Multilateral<sup>55</sup>. Após 1988, a adesão ao Protocolo já era considerada como 'universal'. Ao analisarmos as clivagens existentes no Protocolo de Quioto, foi possível constatar que os Estados nacionais tiveram participação ativa e decisiva, em especial no processo de construção do corpo jurídico do Protocolo de Quioto, pois os governos detinham (e detêm) a competência jurídica para a adoção do Protocolo, e, além disso, eram os elementos legítimos para definir seus passos de acordo com a direção das negociações e os seus interesses particulares.

Ao definir os compromissos competentes a cada Estado, de acordo com o princípio das *responsabilidades comuns, porém diferenciadas*, foram classificados em três grupos principais: o Anexo I, que engloba os países desenvolvidos – membros da OCDE em 1992 – e as chamadas Economias em Transição – ex-repúblicas socialistas do Leste Europeu e as decorrentes do desmembramento da União Soviética; o Anexo II, que engloba apenas os países desenvolvidos membros do Anexo I, que representam os maiores emissores de gases de efeito estufa e que dispõem de maior quantidade de recursos financeiros, para adotar políticas de redução de emissões, internamente ou junto a países em desenvolvimento; por fim, o não-Anexo I, composto pelos países em desenvolvimento.

Nestes três grupos, observamos algumas coalizões estabelecidas de acordo com grupos de interesses característicos, que tinham como preocupação principal obstruir as discussões em pontos que afetassem os interesses de crescimento econômico de seus países. Entre os países ditos em desenvolvimento, destacam-se o G77 + China, a Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP) e a Aliança dos Pequenos Países Insulares (AOSIS). No grupo dos países desenvolvidos, identificamos dois principais: a União Européia e o JUSSCANNZ<sup>56</sup>.

A partir da COP-3, na qual o Protocolo de Quioto foi aberto para assinaturas, foram estabelecidas metas para o estabelecimento das ações internacionais. Os documentos assinados determinavam que as emissões de gases de efeito-estufa fossem reduzidas pelos signatários em, pelo menos, 5%, em relação aos níveis de emissão de 1990 e que tal meta deveria ser cumprida até 2012.

Ainda que Protocolo tenha representado superação no tocante a propostas genéricas para a adoção de políticas ambientais, a redução das emissões de gases-

<sup>54</sup> LE PRESTRE, p. 133. A Índia também evoluiu de um papel de bloqueio para o pendular, pretendendo obter direito de acesso à tecnologia em nome dos países em desenvolvimento, na Conferência de Londres sobre os CFCs, em 1990.

<sup>55</sup> LE PRESTRE, p. 271. Índia, China e Brasil conseguiram barganhar a criação de tal fundo com os países desenvolvidos, usando a importância do apoio dos mesmos para a eficácia do regime.

<sup>56</sup> Japão, Estados Unidos, Suíça, Canadá, Austrália, Noruega e Nova Zelândia.

estufa implica, porém, a realização de investimentos em questões ambientais e no aperfeiçoamento tecnológico com vistas à criação de processos produtivos menos poluentes e, eventualmente, em restrições ao desenvolvimento de alguns países. Diante da conformação deste quadro, as negociações tornaram-se mais difíceis, por afetar os interesses político-econômicos dos Estados. As representações dos governos nacionais mostraram-se incapazes de conduzir o debate sobre metas e ações a serem adotadas pelos signatários à grande extensão das divergências entre eles.

Podemos atribuir, em parte, o insucesso do Protocolo de Quioto à força adquirida pelas coalizões de veto, nas quais alguns países se uniram para barrar a aprovação de medidas de cunho ambiental, quase sempre com motivações econômicas. Ainda existiram coalizões, como no caso da OPEP, que buscavam pleitear concessões no Protocolo, com relação a possíveis danos econômicos com a restrição ao uso de combustíveis fósseis.

Os Estados Unidos da América, por sua vez, atuaram sozinhos, recusando-se a participar de qualquer tipo de metas que ferissem seus interesses. O papel deste país nos dois Protocolos é bem distinto. Enquanto, em Montreal, podemos perceber a liderança positiva política dos Estados Unidos, chegando a tomar medidas unilaterais para a redução de CFCs, dado o baixo impacto de tal mudança para a economia estadunidense, notamos rápida mudança de discurso em Quioto. Os Estados Unidos da América recusam-se a ratificar o Protocolo de Quioto mediante alegações. A primeira diz respeito aos possíveis prejuízos que a adoção das medidas restritivas às emissões provocaria sobre o desenvolvimento e os padrões de vida do país. Tal alegação abalou sensivelmente a viabilidade do Protocolo, visto que os Estados Unidos da América são responsáveis por cerca de um quarto do total das emissões de gases do efeito-estufa. Além disso, o governo de George W. Bush contesta as premissas científicas que pautam o Protocolo de Quioto, chegando a convocar um grupo de cientistas norte-americanos para rever os resultados dos grupos de apoio científico ao Protocolo de Quioto.

Outra alegação apontada pelo governo W. Bush para a não-ratificação do Protocolo diz respeito ao fato de que os países do não-Anexo I estão – pelo menos por enquanto – livres de obrigações com relação à redução de emissões de carbono. É discutido, atualmente, até que ponto o apoio dos países em desenvolvimento à adoção de medidas restritivas às emissões de carbono não seja fruto do pequeno comprometimento com quaisquer medidas práticas para tal.



## 8.4 Conclusão

Podemos elencar três pontos principais que nos permitiram verificar o porquê da efetividade verificada no Protocolo de Montreal e do insucesso, até agora, do Protocolo de Quioto. Em Montreal, encontramos um sistema efetivo de *carrots and sticks*, visto que existiam poucos produtores de substâncias destruidoras da camada de ozônio, e os custos econômicos e sociais para a substituição destas substâncias era relativamente baixo. O fato de o corpo jurídico do Protocolo de Montreal permitir a adoção de emendas e ajuste a qualquer momento deu flexibilidade ao Protocolo, permitindo que as regras fossem construídas aos poucos, respeitando as limitações de cada país.

Em Quioto, ao contrário, observamos grande número de atores envolvidos na produção e na emissão dos gases observados pelo Protocolo, o que dificulta as negociações. Além disso, observamos forte resistência à aceitação dos custos econômicos da redução de emissões por parte dos principais países emissores, como no caso dos Estados Unidos da América, o que enfraquece e desmotiva os outros signatários do Protocolo, além da falta de consenso político para a elaboração de normas de alcance internacional.

Nossa abordagem apresentou-se bastante pessimista quanto à efetividade do Protocolo de Quioto, como fruto da análise de custos e benefícios que não são favoráveis ao engajamento dos países nas medidas propostas. Apesar disso, existem outros estudos que avaliam os custos de implementação como inferiores aos da continuação da situação atual, como os apontamentos do economista Nicholas Stern em entrevista<sup>57</sup>. É claro que essas estimativas variam de acordo com o que é considerado, como, por exemplo, o nível de análise ser o global (considerado inteiro) ou nacional (cada país isolado); nesse caso, a soma das partes não é igual ao todo.

Os dois Protocolos são interdependentes. Para o alcance de proteção ampla e completa da atmosfera terrestre, em todos seus aspectos, funcionamento e utilidades, é necessária abordagem abrangente das medidas possíveis e razoáveis de regulação, que seja maximizadora da participação dos Estados e que se baseie em incentivos à ampliação dos benefícios e da diminuição dos custos. Essa sinergia deve ir além da preocupação com as substâncias que um regula e o outro, não. Deve haver integração de esforços para soluções econômicas viáveis e superação de conflitos potenciais.

A participação do indivíduo nesse processo pode ser importante para modificar as características econômicas dos regimes. Houve, nas questões relacionadas aos CFCs, mudança comportamental de rejeição aos aerossóis de substâncias agressoras pela conscientização dos consumidores quanto aos danos à camada de ozônio. O impacto positivo de atitude semelhante nas questões das mudanças climáticas poderia ocorrer

57 Revista *Veja*, 2006, p. 11.



por meio de ações simples, como evitar o desperdício e diminuir o consumo de energia elétrica, aplicar tecnologias alternativas disponíveis ou optar por automóvel movido a combustível limpo.

## 8.5 Referências

- BARRETT, S. Montreal versus Kyoto. In: KAUL, I.; Grunberg, I.; Stern, M. *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*. Nova York: Oxford University Press, 1999. Disponível em: Oxford Scholarship Online <<http://dx.doi.org/10.1093/0195130529.001.0001>> Acesso em: 2 nov. 2006.
- BARRETT, S. The Montreal Protocol. Global Climate Change and the Kyoto Protocol. In: \_\_\_\_\_. *Environment and Statecraft: the strategy of environment treaty-making*. Oxford: Oxford University Press, 2003. Disponível em: Oxford Scholarship Online <<http://dx.doi.org/10.1093/0199286094.001.0001>> Acesso em: 2 nov. 2006.
- BARRETT, S. Towards a Better Climate Treaty. *Policy Matters*. Washington, DC, novembro.
- BENEDICK, R. E. Contrasting Approaches: the ozone layer, climate change and resolving the Kyoto dilemma. 2000. In: Schulze, E-D *et al.* *Global Biogeochemical Cycles in the Climate System*. San Diego: Academic Press, Max Planck Institute for Biogeochemistry, 2001. Disponível em: <<http://skylla.wz-berlin.de/pdf/1999/ii99-404.pdf>> Acesso em: 6 nov. 2006.
- BENEDICK, R.E. Striking a New Deal on Climate Change. *Issues in Science and Technology*. Dallas, Texas, outono, 2001.
- BERTHIAUME, L. *Global Air Issues*. Environmental Canadá, 2003.
- BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. *Comunicação Nacional Inicial do Brasil à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima*. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2004.
- BUZAN, B.; WAEVER, O.; WILDE, J. *Security: a new framework for analysis*. Londres: Lynne Rienner Publishers, 1997.
- DE ARAÚJO, Marcos Antonio Reis. *Efeito Estufa: O Futuro do Planeta em Nossas Mãos*. Coleção Cara Pintada de Educação Ambiental, 1999. Belo Horizonte. Editora Segrac.
- EUROPEAN PARTNERS FOR THE ENVIRONMENT. *The 1987 Montreal Protocol on substances that deplete the ozon layer*. Disponível em: <<http://www.epe.be/workbooks/sourcebook/1.4.html>> Acesso em: 6 nov. 2006.
- GILPIN, R. *Economia Política das Relações Internacionais*. Brasília, 2002.
- GRUBB, Michael. *Seeking Fair Weather: Ethics and the International Debate on Climate Change*. International Affairs (Royal Institute of International Affairs), 1944, Vol. 71, No. 3, p. 362-496.
- HELD, D.; MCGREW, A; GOLDBLATT, D. & PERRATON, J. *Global transformations*. Stanford University Press, 1999.
- KEOHANE, R. O. *After Hegemony*. Nove Jersey: Princeton University Press, 1984.
- KEOHANE, R.O.; NYE, J. *Power and Interdependence*. Nova York: Longman, 2000.
- KINDLEBERGER, Charles. *The World in Depression 1929-1939*. Middlesex: Peguin

Books, 1987.

LE PRESTRE, P. *Ecopolítica Internacional*. São Paulo: Editora SENAC. 2000.

MOLINA, M. J. *Saving the Shield*. Our Planet 8.5 janeiro 1997. Disponível em: <<http://www.ourplanet.com>> Acesso em: 12 out. 2006.

OBERTHUR, S. Linkages between the Montreal and Kyoto Protocols. 1999. Trabalho apresentado ao International Conference on Synergies and Coordination between Multilateral Environmental Agreements. Tóquio, Japão, 14 a 16 de julho de 1999. Disponível em: <<http://www.geic.or.jp/interlinkages/docs/Oberthur.pdf>> Acesso em: 6 nov. 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. <<http://unfccc.int/>> Acesso em: 6 nov. 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente. Secretaria do Ozônio. <<http://ozone.unep.org/>> Acesso em: 6 nov. 2006.

PARSON, E. International Protection of the Ozone Layer. In: *Green Globe Yearbook 1996*. Nova York: Oxford University Press, 1996.

ROSENAU, J.; CZEMPIEL, E.O. *Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial*. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

SARMA, K. M. *Of Potholes and Ozone Holes*. Our Planet. Fevereiro 2003. Disponível em: <<http://www.ourplanet.com>> Acesso em: 12 ou. 2006.

STERN, Nicholas. O alerta global. *Revista Veja*, São Paulo, v. 39, n. 44, p. 11-15, 8 nov. 2006. Entrevista concedida a Diego Escosteguy.

TÖPFER, Klaus. *Action on Ozone*. 2000 Edition. UNEP (United Nations Environment Programme), p.2.UNON-Kenya, 2000.

VIOLA, E. Brazil in the context of global governance politics and climate change, 1989-2003. *Ambient. Soc.*, Campinas, v. 7, n. 1, 2004. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-753X2004000100003](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X2004000100003)>. Acesso em: 06 nov 2006.

VIOLA, E. O regime internacional de mudança climática e o Brasil. In *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 17, n. 50. Out. 2002.



# A Efetividade do Direito Internacional Ambiental

## Capítulo 9

### PROTOCOLO DE QUIOTO ESTUDO ACERCA DA EFETIVIDADE AVANÇADA ATÉ OS DIAS ATUAIS NO BRASIL

Leonardo Henkes Thompson Flores

## PROTOCOLO DE QUIOTO: UM ESTUDO ACERCA DA EFETIVIDADE ALCANÇADA ATÉ OS DIAS ATUAIS NO BRASIL

Leonardo Henkes Thompson Flores<sup>1</sup>

### 9.1 A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas e Advento do Protocolo de Quioto:

Quando da assinatura da Convenção Quadro das Nações Unidas - UNFCCC, todos os Estados signatários tinham plena consciência de que os compromissos e metas lá estabelecidos eram insuficientes diante da gravidade da crise ambiental e reconheciam, conseqüentemente, que o ato representava, tão somente, um impulso inicial para estimular os outros atores internacionais à tomada de medidas futuras mais enérgicas. Nasce daí, decorrente da primeira Conferência das Partes em Berlim, na seqüência da criação das comissões de troca de informação e de encontro das partes, um novo período de negociações acerca do tema de mudanças climáticas<sup>2</sup>.

Pautada pelo princípio da responsabilidade comum, mas diferenciada, a Convenção reconhece que a mudança do clima da Terra e seus efeitos negativos são uma preocupação comum da humanidade e que a natureza global da mudança do clima requer a maior cooperação possível de todos os países e sua participação em uma resposta internacional efetiva e apropriada, conforme suas responsabilidades e respectivas capacidades e condições sociais e econômicas. Também, é observado que a maior parcela das emissões globais, históricas e atuais, de gases de efeito estufa é originária dos países desenvolvidos e que as emissões *per capita* dos países em desenvolvimento ainda são relativamente baixas. Assim, a parcela de emissões globais originárias destes países crescerá para que eles possam satisfazer suas necessidades sociais e de desenvolvimento<sup>3</sup>.

A responsabilidade é comum porque os gases de efeito estufa são misturados completamente, na atmosfera, em cerca de duas semanas, e, então, não é possível atribuir, diretamente, as emissões aos países que lhes deram origem. Além disso, a responsabilidade é diferenciada porque alguns países são mais responsáveis pela causa do aquecimento global do que outros. Isso ocorre devido a diferenças de tamanho, de população e de nível de desenvolvimento; em outras palavras, no nível de interferência antrópica no sistema climático.

<sup>1</sup> Advogado e Orientador do Núcleo de Prática Jurídica Recursal do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB).

<sup>2</sup> Calsing, Renata de Assis. *O Protocolo de Quioto e o direito ao desenvolvimento sustentável*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005. p. 75.

<sup>3</sup> *O Programa de Mudanças Climáticas*. Disponível em: [www.mct.gov.br](http://www.mct.gov.br). Acesso em: 25 ago. 2006.

São as emissões históricas que, acumuladas na atmosfera desde a revolução industrial, determinam o aumento da temperatura, e, portanto, a responsabilidade dos países industrializados no aumento do efeito estufa é, vastamente, preponderante. A responsabilidade do Brasil relativa ao aquecimento global corresponde às suas pequenas emissões históricas, decorrentes de um processo de industrialização recente. Contudo, a Convenção está baseada no relato, pelos países, de suas emissões antrópicas anuais de gases de efeito estufa. Esse fato faz com que as sociedades dos diversos países estabeleçam, erroneamente, uma relação direta entre emissões anuais e responsabilidade pelo aumento do aquecimento global. Nesse caso, grandes emissões de gases de efeito estufa no Brasil serão erroneamente associadas à responsabilidade do país em causar o aquecimento global, o que gerará um grave fato político. Em conformidade com o princípio anteriormente mencionado, os países desenvolvidos reconheceram e assumiram, voluntariamente, na Convenção, que devem tomar a iniciativa no combate à mudança do clima e a seus efeitos adversos.

O esforço global comum, depreendido nas intensas negociações oriundas da implementação da UNFCCC, culminou com a criação do Protocolo de Quioto, que data de 1997 e tem como alicerce principal sua regulamentação, estabelecendo como foco “a estabilização das concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera num nível que impeça a interferência antrópica perigosa no sistema climático”<sup>4</sup>, tendo em vista que o aquecimento global é, sem dúvida, uma das maiores preocupações do século XXI, dada a influência direta que exerce sobre a vida humana. Seu objetivo primordial constitui-se na redução gradativa média de 5,2% nos níveis de emissão de GEEs, com base nos níveis registrados em 1990. O período para aferição das metas está compreendido entre 2008 e 2012 (primeiro período de compromissos), sendo essas metas ou objetivos formais estabelecidos somente aos países do Anexo I (países desenvolvidos)<sup>5</sup>.

Consiste o Protocolo, dessa maneira, num instrumento que tem como escopo primordial a minimização dos impactos ambientais provenientes da excessiva emissão de GEEs, que vêm colocando, cada vez mais, em perigo a vida humana e o meio ambiente. Isso se afirma à medida que o aquecimento global poderá ocasionar, segundo o IPCC (*Intergovernmental Panel on Climate Change*), um possível aumento estimado de 11,8°C ainda neste século<sup>6</sup>. Os impactos desse aquecimento sem precedentes podem ocasionar aumento do nível do mar, proliferação de doenças graves como a malária e a dengue, aumento do número de tempestades severas, com intensidade e periodicidade não antes imaginadas, dentre outros. Impactos já vêm sendo sentidos nas regiões polares, especialmente na Antártida, onde a média anual de temperatura tem crescido, aproximadamente, quatro vezes mais do que as temperaturas em outras partes do planeta.

4 Artigo 2º da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas – UNFCCC.

5 FRANGETO, Flávia e GAZANI, Flávio Rufino. *Viabilização jurídica do mecanismo de desenvolvimento limpo (MDL) no Brasil. O Protocolo de Quioto e a cooperação internacional*. São Paulo: Instituto Internacional de Educação do Brasil, 2002. p. 299.

6 Texto introdutório disponível em [www.ciel.org](http://www.ciel.org), Acesso em: 18 ago. 2006.

Se essas possibilidades catastróficas estão incluídas nas previsões e os danos potenciais passam de um patamar moderado para catastrófico, como estão atualmente, as medidas protetivas das economias desenvolvidas caem, enquanto os benefícios da ação imediata, tanto para os países ricos quanto para os em vias de desenvolvimento, sobem<sup>7</sup>.

Tais constatações evidenciam, de forma irrefutável, a urgência de que se reveste a solução da crise ambiental pela qual passamos, pois, confirmando-se tais proposições, sob qualquer das perspectivas citadas, ecossistemas inteiros serão, irreversivelmente, afetados. A própria vida humana ficará sob sérias ameaças, o que atesta a crucial importância do advento do Protocolo de Quioto como instrumento de minimização dos referidos impactos.

Assim, depois de, aproximadamente, oito anos de difíceis negociações internacionais, entrou, finalmente, em vigor, no dia 16 de fevereiro de 2005, com a sua ratificação pela Rússia. Recaiu sobre nós, comunidade acadêmica e científica, a obrigação de verificar se os esforços depreendidos estão sendo suficientes, se os mecanismos de promoção da efetividade do Protocolo estão sendo realmente úteis e quais serão as perspectivas globais após o primeiro período de compromissos, dentre outros.

O Protocolo não estabelece metas especiais aos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, haja vista a preponderância do critério histórico das emissões ao longo dos tempos e a atenção constante ao princípio norteador da Convenção das responsabilidades comuns, porém, diferenciadas, sedimentando, por seu turno, a idéia de que os principais responsáveis pelas dimensões em que se encontra a crise ambiental atual são efetivamente os países desenvolvidos, vez que a emissão de Gases de Efeito Estufa (GEEs) teve início muito mais cedo em seus territórios do que nos daqueles em desenvolvimento.

O Protocolo de Quioto, ainda, traz dentro de suas proposições inovadoras três mecanismos de flexibilização a serem utilizados para cumprimento dos compromissos da Convenção: a Execução Conjunta (JI – *Joint Implementation*), que consiste na possibilidade de um país financiar projetos em outros países como forma de cumprir seus compromissos; o Comércio de Emissões (*Emissions Trade*), que possibilita às partes do Anexo 1 participarem de um comércio em que o país que emitiu menos CO<sub>2</sub> que o máximo previsto pode vender o excedente, adquirindo o “direito de poluir” a quantidade correspondente; e o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (CDM – *Clean Development Mechanism*), que teve origem na proposta brasileira apresentada, em maio de 1997, ao Secretário da Convenção em Bonn, com o objetivo de estabelecer elementos para a definição do Protocolo à Convenção. Este último mecanismo consiste na possibilidade

7 “Dismal Calculations”, artigo retirado do jornal *The Economy*, de 07 de setembro de 2006.



de um país que tenha compromisso de redução (Anexo I) financiar projetos em países em desenvolvimento como forma de cumprir parte de seus compromissos, instituindo-se os certificados de reduções de emissões em função de tal prática incentivadora do desenvolvimento limpo<sup>8</sup>.

## 9.2 O Protocolo no mundo e no Brasil:

Para que seja feita a aferição para verificar se os Estados signatários estão em dia com seus compromissos, são usados o relatório anual das partes e o inventário de emissão de gases de efeito estufa, pois, com a verificação desses indicadores, tem-se a perspectiva de andamento da implementação dos mecanismos que estão sendo adotados pelos diversos países. Como o Protocolo impõe metas aos Estados sobre a quantidade de emissão de GEEs, torna-se necessária a verificação do cumprimento dessas reduções<sup>9</sup>. Isso porque há vinculação legal dos Países Anexo 01 diante das metas por eles assumidas, e a verificação de seu cumprimento permitirá determinar quais partes estão ou não de acordo com os compromissos assumidos. Portanto, é com base na análise desse tipo de dados que é feita a averiguação acerca das perspectivas globais do Protocolo.

O processo de promoção da efetividade do regime de mudança climática estabelecido por meio da UNFCCC e do Protocolo de Quioto exige a presença de, pelo menos, um ator capaz de impulsionar o processo e de liderar e sustentá-lo<sup>10</sup>. Pela sua importância na economia e no ambiente global e pela eficiência de sua governabilidade, apenas três Estados apresentam a referida capacidade em primeira instância (Estados Unidos, União Européia e Japão). O Estado Europeu supranacional, nesse caso, tem uma capacidade de atuação muito maior do que os Estados nacionais. Países como China, Índia, Rússia, Canadá, Indonésia e Brasil têm-se revelado muito importantes em todo o processo de decisão, apesar de não constituírem um potencial de liderança. Enfim, a participação desses nove países é condição básica para o funcionamento do regime de controle de emissões instaurado<sup>11</sup>. Os dados a seguir são alguns dos indicadores econômicos gerais do final da década de 90 desses países:

- Proporção na população mundial (1999): China, 21%; Índia, 16,5%; União Européia, 6,3%; Estados Unidos, 4,6%; Indonésia, 3,5%; Brasil, 2,8%; Rússia, 2,4%; e Japão, 2,1%.

8 DIAS, Edna Cardozo. *Convenção do Clima*. Disponível em: [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br). Acesso em: 22 jun. 2006.

9 WANG, Xueman e WISER, Glenn. *The Implementation and Compliance Regimes under the Climate Change Convention and it's Kyoto Protocol*, p.183. Disponível em: [www.ciel.org](http://www.ciel.org). Acesso em 05 set. 2006.

10 VIOLA, Eduardo. O regime internacional de mudança climática e o Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v.17, n. 50, São Paulo, 2002, p. 30.

11 Idem.

- Proporção na parcela do PIB mundial (por poder de compra, em 1999): Estados Unidos, 21,3%; União Européia, 20,5%; China, 10,2%; Japão, 8%; Índia, 5,4%; Brasil, 2,9%; Rússia, 2,4%; Canadá, 2,3%; Indonésia, 1,3%.
- PIB *per capita* (poder de compra, em 1999): Canadá, 31.000 dólares; Estados Unidos, 29.200 dólares; União Européia, 24.000 dólares; Japão 23.600 dólares; Brasil, 6.500 dólares; Rússia, 6.200 dólares; China, 3.100 dólares; Indonésia, 2.400 dólares; e Índia, 2.100 dólares.
- Parcela nas emissões mundiais de carbono (1999): Estados Unidos, 24,5%; União Européia, 14,5%; China, 13,5%; Japão, 6%; Rússia, 5%; Índia, 4,5%; Canadá, 2,5%; Brasil, 2,5%; e Indonésia, 1,5%.
- Parcela da área florestal mundial (1995): Rússia, 22%; Brasil, 16%; Estados Unidos, 6%; Canadá, 5%; China, 4%; Indonésia, 3%; União Européia, 2%; Índia, 2%; Japão, 0,7%.
- Taxa de desmatamento médio anual (1990-1998): Indonésia, 1,1%; Brasil, 0,5%; China, 0,1%; Rússia, 0,1%; Índia, 0,05%; União Européia, 0%; Japão, 0%; Canadá, 0%; Estados Unidos aumenta sua área com florestas 0,3% ao ano<sup>12</sup>.

Os Estados Unidos são, como se pode observar, o único país que está incrementando, anualmente, sua área florestada e, por isso, têm defendido a inclusão dos sumidouros de carbono no cálculo total de emissões. Isso consiste em assunto de alta relevância para o Brasil também e será tratado, com mais detalhes, no próximo tópico do presente estudo.

No que tange às emissões de GEEs, em comparação aos níveis de 1990, em 2000, as variações apresentadas foram as seguintes: Estados Unidos, aumento de 14% (comprometeu-se a uma redução de 7% até 2010); Canadá, aumento de 17% (comprometeu-se a uma redução de 6% até 2010); Reino Unido, redução de 15% (comprometeu-se a uma redução de 12% até 2010); Alemanha, redução de 17% (comprometeu-se a reduzir 21% até 2010); Países Baixos, aumento de 17% (comprometeram-se a reduzir 6% até 2010); e Japão, aumento de 4% (comprometeu-se a reduzir 6% até 2010)<sup>13</sup>. Entre os países desenvolvidos, somente o Reino Unido, a Alemanha, a Suécia e a Dinamarca encontravam-se em tendência de cumprimento de seus compromissos até 2010. Até mesmo países como os Países Baixos e a Áustria, que sempre estiveram na vanguarda mundial das políticas ambientais, estão enfrentando sérias dificuldades no cumprimento de suas metas.

<sup>12</sup> VIOLA, Eduardo. O Regime Internacional de Mudança Climática e o Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v.17, n. 50, São Paulo, 2002, p. 30.

<sup>13</sup> \_\_\_\_\_. A Importância do Papel do Brasil no Regime Internacional de Mudanças Climáticas e na Governabilidade Global. *Revista Cena Internacional*, ano 06, n° 01, de junho de 2004, p. 03.

O Brasil é um dos países em desenvolvimento com maior percentual de emissões. Dessa maneira, as atenções mundiais a ele se voltaram com vistas a fazer com que sofra pressões para assumir compromissos de redução no próximo período de verificação de metas. Vale ressaltar que, embora não haja compromisso formal relativamente ao Brasil, este teve papel importantíssimo nas negociações, visto que derivou de uma proposta brasileira e norte-americana a criação dos Mecanismos de Flexibilização de metas do Protocolo, dentre eles, o MDL – Mecanismo de Desenvolvimento Limpo, o único que permite a participação de países em desenvolvimento, e, que, sem dúvida, representa a maior inovação no que concerne às perspectivas internacionais de cumprimento das metas e conseqüente promoção da efetividade esperada do Protocolo.

Os níveis brasileiros de emissões advindas dos setores modernos da economia (indústria, energia, transportes, habitação e agro-negócio) são bastante baixos em função de ser a matriz energética essencialmente limpa, baseada, predominantemente, em energia hidroelétrica. Isso faz com que, conseqüentemente, essas emissões se encontrem bem abaixo da média dos países de renda média. As emissões *per capita* de gás carbônico estão bem abaixo das taxas de países desenvolvidos, mas acima da média de países de renda média. O único setor moderno que ainda tem altas taxas de emissão de CO<sup>2</sup>, comparativamente, é o da pecuária, devido ao fato de o rebanho comercial brasileiro ser o maior do mundo, com significativas emissões de gás metano<sup>14</sup>. Emissões carbônicas oriundas da transformação da terra e de seu uso tradicional são extremamente altas. Em termos de eficiência energética, comparada à da maioria dos países de renda média, a economia brasileira moderna demonstra melhor desempenho, enquanto a tradicional tem desempenho pior<sup>15</sup>.

Com relação ao MDL, cumpre registrar que, com toda a certeza, ele abarca os maiores indicadores da efetividade do Protocolo em âmbito nacional, haja vista a ausência de obrigação de redução formal do Brasil com o Protocolo. Além disso, esse mecanismo representa uma oportunidade para que as empresas brasileiras desenvolvam projetos visando à redução de emissão ou de absorção de CO<sup>2</sup>, essencialmente no que tange a energias renováveis, a projetos de aumento de eficiência energética e a florestas plantadas<sup>16</sup>. Assim, com esse tipo de projeto, há a clara possibilidade de incentivo real por parte dos Países do Anexo 01 que objetivem a obtenção de certificados de redução de emissões, com a transferência de tecnologia e de recursos por meio de suas empresas.

Outro aspecto que, também, merece destaque, quando tratamos do MDL, é a participação pública nos projetos. Apesar de grandes oportunidades relacionadas

14 VIOLA, Eduardo. A Importância do Papel do Brasil no Regime Internacional de Mudanças Climáticas e na Governabilidade Global. *Revista Cena Internacional*, ano 06, n° 01, de junho de 2004, p. 08.

15 FEARNSTIDE, P. Forest and Global Warming Mitigation in Brazil: Opportunities in the Brazilian Forest Sector for Responses to Global Warming under the Clean Development Mechanism. In: *Biomass and Energy* # 16, 1999.

16 CALSING, Renata de Assis. *Possibilidades e limites da efetividade do direito internacional ambiental: uma análise da CITES, Convenção da Basileia e Protocolo de Quioto*. Tese de mestrado, disponível na biblioteca do Uniceub, p. 249.

a esse tipo de participação demonstrarem ser determinantes para o sucesso na implementação do regime de mudanças climáticas instaurado, nem a UNFCCC nem O Protocolo de Quioto dão muitas indicações quanto ao que a participação pública e seus mecanismos compreenderiam<sup>17</sup>. A Convenção estabelece que os países signatários, sejam eles desenvolvidos ou em desenvolvimento, devem, acerca das mudanças climáticas, promover educação, treinamento e alerta público, além de cooperar nesses campos e de encorajar a maior participação possível no processo, incluindo, para tanto, organizações não-governamentais<sup>18</sup>.

O status interno atual do Protocolo no Brasil tem, como pontos positivos acerca da efetividade alcançada, os seguintes: o Protocolo fora adotado internamente por meio do Decreto de nº 5.445 de maio de 2005; as autoridades delegadas e responsáveis pelo estímulo no cumprimento, na aferição de metas e na elaboração de relatórios anuais e de inventários das emissões são o Ministério da Ciência e Tecnologia, o Fórum Brasileiro de Mudanças Climáticas (que objetiva mobilizar e conscientizar a população) e a Comissão Interministerial de Mudança Global do Clima (que articula as ações governamentais nessa temática)<sup>19</sup>; no que tange aos projetos de MDL que já foram encaminhados à Autoridade Nacional Designada – AND, há 126 projetos que abarcam atividades candidatas a financiamentos internacionais de MDL, sendo que 83 já foram aprovados (o que coloca o Brasil em 2º lugar em número de projetos, perdendo somente para a Índia)<sup>20</sup>.

Uma atividade de projeto entra no sistema do MDL quando seu documento de concepção de projeto (DCP) correspondente é submetido para validação a uma Entidade Operacional Designada (EOD). Ao completar o ciclo de validação, aprovação e registro, a atividade registrada torna-se, efetivamente, uma atividade de projeto no âmbito do MDL. Em 25 de agosto de 2006, um total de 1086 projetos encontrava-se em alguma fase do ciclo de projetos do MDL. O Brasil ocupa o 2º lugar em número de atividades de projeto, com 182 projetos (17%), sendo que, em primeiro lugar, se encontra a Índia, com 387 e, em terceiro, a China, com 133 projetos<sup>21</sup>.

Dentro desse universo de 1.086 projetos que se encontram em alguma das fases do ciclo do MDL, existem 268 projetos registrados no Conselho Executivo do MDL, sendo que, destes, 59 são projetos brasileiros, estando o Brasil em segundo lugar em número de projetos registrados, perdendo para a Índia, com 83 projetos, e restando, em terceiro, o México, com 20. Com relação à projeção da quantidade de redução de emissões de gás de efeito estufa, durante o primeiro período de obtenção de créditos

17 WISER, Glenn and EDDY, Nathalie. "Public Participation in the Clean Development Mechanism of the Kyoto Protocol". Disponível em [www.ciel.org](http://www.ciel.org). Acesso em: 05 set. 2006. p.02.

18 Ibidem.

19 CALSING, Renata de Assis. *possibilidades e limites da efetividade do direito internacional ambiental: uma análise da CITES, Convenção da Basiléia e Protocolo de Quioto*. Tese de mestrado, disponível na biblioteca do Uniceub, p. 248.

20 "Status do MDL no Brasil e no Mundo", p. 09, disponível em [www.mct.gov.br](http://www.mct.gov.br), acessado em 02 de setembro de 2006.

21 "Status do MDL no Brasil e no Mundo", p. 03, disponível em [www.mct.gov.br](http://www.mct.gov.br), acessado em 02 de setembro de 2006.

dos projetos já registrados no Conselho Executivo, o Brasil, também, encontra-se em segundo lugar quanto à redução de emissões, com 108,9 milhões de toneladas de CO<sup>2</sup>, de um total mundial de 666 milhões de toneladas.

Já no que concerne às reduções de emissões projetadas para o primeiro período de obtenção de créditos derivados dos projetos de MDL, em qualquer fase do ciclo, o Brasil ocupa a terceira posição, sendo responsável pela redução de 184 milhões de tCO<sub>2</sub>, o que corresponde a 12% do total mundial, para o mencionado período, que pode ser de, no máximo, 10 anos, para projetos de período fixo, ou de 7 anos, para projetos de período renovável (os projetos são renováveis por, no máximo, três períodos de 7 anos, perfazendo um total de 21 anos). A China ocupa o primeiro lugar com 542 milhões de tCO<sub>2</sub> a serem reduzidas (33%), seguida pela Índia, com 389 milhões de tCO<sub>2</sub> (24%) de emissões projetadas para o primeiro período de obtenção de créditos<sup>22</sup>.

De acordo com os dados indicados, percebe-se que o Brasil, por mais que não esteja, formalmente, vinculado às metas de redução de emissões por não fazer parte do Anexo 01, se demonstra bastante ativo dentro dessa perspectiva. Constitui-se, sem dúvida, em um dos atores mais importantes para o processo de promoção da efetividade do regime de mudanças climáticas, instaurado a partir da UNFCCC e, posteriormente, regulamentado pelo Protocolo de Quioto, visto que o país é um dos mais ricos, porque não dizer o mais rico, no que diz respeito a recursos naturais, devendo, por seu turno, portar-se de forma a preservá-los e servir de espelho aos demais países.

### 9.3 Principais Problemas enfrentados no Brasil:

O Brasil possui 5,5 milhões de quilômetros quadrados de florestas, com uma taxa de desmatamento de 0,4% ao ano, por volta de 20% da biodiversidade terrestre mundial e, aproximadamente, 15% da água doce de todo o mundo, da qual apenas 0,5% é utilizado, e produz por volta de 3,5% das emissões mundiais de gás carbônico (considerando-se indústria, energia, transporte, uso e transformação da terra e pecuária) ou, aproximadamente, 1,5 toneladas métricas *per capita*<sup>23</sup>.

Dentro desse percentual de emissões, que é referente à primeira Comunicação Nacional (elaborada desde 1994), enviada pelo Brasil, em dezembro de 2004, à COP 10 em Buenos Aires, é apontado como o principal responsável o setor de "Uso da Terra e Manejo Florestal", com níveis correspondentes a 75% do total das emissões brasileiras<sup>24</sup>. Isso faz com que o combate ao desmatamento seja, necessariamente, convertido no

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> VIOLA, Eduardo. *A Importância do Papel do Brasil no Regime Internacional de Mudanças Climáticas e na Governabilidade Global*. Revista Cena Internacional, ano 06, n° 01, de junho de 2004, p. 07/08.

<sup>24</sup> CALSING, Renata de Assis. *Possibilidades e Limites da Efetividade do Direito Internacional Ambiental: Uma análise da CITES, Convenção da Basileia e Protocolo de Quioto*. Tese de mestrado, disponível na biblioteca do Uniceub, p. 250.

principal foco de esforços brasileiros para o combate às mudanças climáticas.

Além do problema gravíssimo do desmatamento (mas que vem melhorando nos últimos anos, conforme será explanado no tópico seguinte), o Brasil enfrenta inúmeros outros obstáculos na batalha para a promoção da efetividade do regime de mudanças climáticas instaurado. Dentre eles, podemos elencar, com facilidade, os seguintes: o obstáculo político em que esbarra a proteção ao meio ambiente diante da incerteza científica relativa aos impactos ambientais das atividades produtivas (isso faz com que não haja fundamentos sólidos o suficiente para sustentar a tomada de decisões); a enorme vastidão territorial (o que dificulta a fiscalização e controle, especialmente do desmatamento); conseqüentemente, o número insuficiente de instituições responsáveis pela fiscalização das políticas ambientais; o avanço em ritmo geométrico dos agronegócios (pecuária e agricultura extensivas); e o reduzido volume de recursos destinados à área ambiental em comparação a outras áreas.

Como se sabe, o problema ambiental é revestido de inúmeros fatores que estimulam a dificuldade de se ter uma solução efetiva em curto espaço de tempo, tais como os seus aspectos tecnológicos, econômicos e políticos. Os problemas tecnológico e econômico são, por sua vez, não tão desafiadores quanto se imagina. A real dificuldade é política. O problema da mudança climática é um dos mais duros desafios políticos que o mundo já enfrentou, isso porque é global e, logo, se torna de interesse de todos os países que haja ação da parte dos demais, e é de longo prazo, sendo, portanto, dever tanto desta quanto das próximas gerações dividir responsabilidades e repassá-las<sup>25</sup>.

Ainda no que diz respeito especificamente ao aspecto político do problema, porém, de forma reflexivamente econômica, tem-se que, diante do sério risco em que é colocada a vida humana diante dos efeitos do aquecimento global, os custos de sua mitigação não são tão grandes a ponto de serem, politicamente, impensáveis<sup>26</sup>. Vale dizer que a referida mitigação deve ser realizada gradual e ininterruptamente, pois quanto mais rápida, mais cara irá custar. Assim, os aspectos econômicos acabam sendo tidos como demasiadamente incertos para que possa haver efetivação de medidas políticas concretas e eficientes, e, portanto, no fim, serão os políticos quem irão decidir<sup>27</sup>.

Segundo essa ótica, tem-se que, para que haja cumprimento efetivo dos princípios norteadores do Protocolo, os países em desenvolvimento, além de boas intenções, no sentido de tentar elaborar mecanismos e políticas ambientais, bem como calcular custos de implementação, necessitam de um sistema de Estado de cunho tecnológico e econômico. Alternativamente, maior incentivo às políticas de ajuda a esses países tornaria viável, para eles, a expansão de tecnologias de desenvolvimento

25 "The Heat is On", artigo retirado do jornal *The Economy*, de 07 de setembro de 2006.

26 "Dismal Calculations", artigo retirado do jornal *The Economy*, de 07 de setembro de 2006.

27 Ibidem.



limpo, uma grande dificuldade em que esbarram o Brasil e a grande maioria dos países em desenvolvimento, pois esses não possuem, internamente, o sistema necessário.

#### 9.4 O que vem sendo feito no Brasil e as perspectivas futuras:

Conforme destacado anteriormente, os principais fatores capazes de externar o *status* atual da promoção da efetividade do Protocolo de Quioto em âmbito interno, para efeitos do presente estudo, são: a crescente evolução do número de atividades candidatas a projetos de MDL e o conseqüente incremento, cada vez maior, de projetos nas mais variadas fases do ciclo dos referidos projetos; as ações visando à diminuição do desmatamento (pois, como visto, representa esse fator 75% das emissões de GEEs brasileiras), e, em uma perspectiva futura, como fator não menos importante, as recentes tentativas do Brasil em incluir a redução de emissões provenientes do desmatamento como possível atividade elegível ao MDL, o que, até hoje, não foi considerado.

Com relação aos projetos de MDL, o panorama brasileiro é bastante favorável. Ainda que o Protocolo de Quioto seja recente e esteja em processo de sedimentação internacional de suas proposições, o número de projetos na Comissão Interministerial de Mudança Global do Clima (CIMGC), a AND brasileira, vem crescendo de forma gradual e em ritmo acelerado, fazendo com que tal incremento seja refletido, por via de conseqüência, no número de projetos registrados no Conselho Executivo do MDL.

Tal constatação resta evidenciada e devidamente confirmada por meio da análise do seguinte gráfico<sup>28</sup>, que permite uma melhor idealização dos dados, no que diz respeito ao incremento de atividades brasileiras de MDL:



A figura apresenta a curva de crescimento do número de atividades de projeto no âmbito do MDL no Brasil, tanto dos projetos que estão em validação ou passaram

28 "Status do MDL no Brasil e no Mundo", p. 04, disponível em [www.mct.gov.br](http://www.mct.gov.br), acessado em 02 de setembro de 2006.



pela etapa de validação como dos projetos registrados. Para validação, a curva inicia-se em janeiro de 2004 e, para o registro, em novembro de 2004, quando o primeiro projeto foi registrado pelo Conselho Executivo do MDL, no caso, um projeto brasileiro.

Pela análise dos dados fornecidos, percebe-se que o ritmo de crescimento dos projetos é bastante acelerado, existindo um salto significativo nesse número, principalmente no início do corrente ano, quando o número de projetos registrados no Conselho mais do que quadruplicou de janeiro a maio.

Conforme visto anteriormente, de um universo de 286 projetos registrados no âmbito do Conselho, aptos, portanto, a gerar reduções certificadas de emissões – RCE, o Brasil já tem 59, sendo que outros 7 se encontram em fase de requerimento de registro.

Tais afirmações levam a crer que, se continuarem no ritmo que se encontram os esforços internos, o crescente interesse internacional de concessão de financiamentos a atividades candidatas a projetos de MDL no país e as novas descobertas científicas acerca de tecnologias de desenvolvimento limpo, tem o Brasil amplas e reais chances de incrementar cada vez mais o seu universo de geração de RCE. Promoverá o país, dessa maneira, uma efetividade cada vez maior, no que diz respeito aos compromissos do Protocolo de Quioto, e conseqüente implementação do regime de mudanças climáticas instaurado.

Segundo os dados mais atualizados, a média anual de emissão de RCE é de 86.755.739 (oitenta e seis milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil, setecentos e trinta e nove), referentes aos projetos já registrados, sendo que a expectativa é que esse número cresça até 2012, chegando a 570.000.000 (quinhentos e setenta milhões). Vale dizer que esses números não abarcam os projetos em fase de requerimento de registro, que, atualmente, representam 18.362.816 (dezoito milhões, trezentos e sessenta e dois mil, oitocentos e dezesseis) de certificados anuais e, em 2012, representarão 110.000.000 (cento e dez milhões)<sup>29</sup>.

Esse cenário mundial mostra que a perspectiva com relação aos MDL é de expansão, sendo isso um fato já anunciado desde a criação da idéia de flexibilização das metas do Protocolo. Porém, nos dias atuais, demonstra-se algo já em ritmo avançado de sedimentação, especialmente em países como Brasil, China e Índia, conforme apontam todos os dados estatísticos trazidos.

Partindo para o segundo ponto que merece maior atenção quando se fala em demonstração da efetividade do Protocolo, que, para efeitos do presente estudo, é o desmatamento, algumas colocações preliminares merecem lugar.

29 “CDM Statistics”, disponível em <http://unfccc.int/2860.php/>, acessado em 05 de setembro de 2006.

No âmbito do Protocolo de Quioto, alguns aspectos contidos na Convenção sobre Mudança do Clima são reafirmados. Todavia, há algumas considerações adicionais com relação ao fator do desflorestamento, tais como<sup>30</sup>:

- Cada Parte incluída no Anexo I, ao cumprir seus compromissos quantificados de limitação e redução de emissões, a fim de promover o desenvolvimento sustentável, deve implementar e/ou aprimorar políticas e medidas de acordo com suas circunstâncias nacionais, incluindo a proteção e o aumento de sumidouros e de reservatórios de gases de efeito estufa não controlados pelo Protocolo de Montreal, levando em conta seus compromissos assumidos em acordos internacionais relevantes sobre o meio ambiente, a promoção de práticas sustentáveis de manejo florestal, florestamento e reflorestamento.
- As variações líquidas nas emissões por fontes e remoções por sumidouros de gases de efeito estufa resultantes de mudança direta, induzida pelo homem, no uso da terra e nas atividades florestais, limitadas ao florestamento, reflorestamento e desflorestamento desde 1990, medidas como variações verificáveis nos estoques de carbono em cada período de compromisso, deverão ser utilizadas para atender os compromissos assumidos por cada Parte incluída no Anexo I. As emissões por fontes e remoções por sumidouros de gases de efeito estufa associadas a essas atividades devem ser relatadas de maneira transparente e comprovável.
- Cada Parte incluída no Anexo I deve submeter à consideração do Órgão Subsidiário de Assessoramento Científico e Tecnológico dados para o estabelecimento do seu nível de estoques de carbono em 1990 e possibilitar a estimativa das suas mudanças nos estoques de carbono nos anos subseqüentes. Além do florestamento, reflorestamento e desflorestamento, as seguintes atividades adicionais induzidas pelo homem, relacionadas com mudanças nas emissões por fontes e remoções por sumidouros de gases de efeito estufa nas categorias de solos agrícolas e de mudança no uso da terra e florestas, devem ser consideradas nos compromissos das Partes incluídas no Anexo I: revegetação, manejo florestal e manejo agropecuário.

Dentro do contexto descrito com base nas proposições da UNFCCC conjuntamente com o Protocolo de Quioto, o Brasil tem demonstrado, por meio de iniciativas recentes, que está disposto a contribuir com a prevenção e o controle do desmatamento. As iniciativas a seguir descritas caracterizam os esforços empreendidos: o Plano de Ação para a Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal – Grupo Interministerial sobre Desmatamento na Amazônia (envolvimento de 13 ministérios, coordenados pela Casa Civil); ações que envolveram o IBAMA, a Polícia Federal e o Exército; criação de mais de 2 milhões e 300 mil hectares de reservas

<sup>30</sup> OLIVEIRA, Adriano Santiago de, e BENNATI, Paula. “A Questão do Desmatamento no âmbito da Convenção sobre Mudança do Clima”, disponibilizado pelo Ministério do Meio Ambiente em visita realizada em 16 de agosto de 2006.

extrativistas; Distrito Florestal Sustentável da BR-163; previsão de criação de 15,5 milhões de hectares em Unidades de Conservação (2005-2006); elevação da área de manejo florestal, certificado de 300 mil para 1,4 milhões de hectares; aprovação do projeto de lei sobre Gestão de Florestas Públicas no Congresso Nacional; maior rigor das exigências legais para regularização de imóveis rurais – publicação da Portaria nº 10 do Ministério do Desenvolvimento Agrário/ INCRA.<sup>31</sup>

O combate a atividades ilegais e o início de incentivo de políticas para se criar uma economia regional de base florestal são exemplos de boas ações, por parte do governo federal, que devem ser levadas adiante<sup>32</sup>.

As ações descritas, além de outras, estão inseridas nas seguintes diretrizes: valorização da floresta, priorização do melhor uso das áreas desmatadas, ordenamento fundiário e territorial, planejamento estratégico da infra-estrutura, monitoramento e controle ambiental.

No que se refere ao setor florestal, cabe registrar que o Prodes anunciou a queda de 31% na taxa de desmatamento, o que corresponde a 18.790 km<sup>2</sup>, no período 2004-2005<sup>33</sup>. Desde 1997, não havia registro de queda nessa taxa.

Durante o período de 2005-2006, a perspectiva também é positiva, sendo que já foi anunciado, em entrevista coletiva, pela ministra do Meio Ambiente Marina Silva, que a taxa de desmatamento na Amazônia deverá manter-se em queda no período 2005-2006, segundo as estimativas mais atuais nesse tocante. Os números do Deter – Sistema de Detecção de Desmatamento em Tempo Real, do Inpe, projetam tendência de queda de cerca de 11%. Até agora, a previsão indica uma área desmatada de 10.943 km<sup>2</sup>. Confirmado o ritmo de queda, os dados consolidados para 2006 deverão indicar uma redução de 16.700 km<sup>2</sup>. Tais dados foram revelados em 5/09/2006 e são referentes ao período de 1º de agosto de 2005 a 1º de agosto de 2006<sup>34</sup>. Esse índice, entretanto, trata de estimativas que dependem da confirmação do Prodes/Inpe. O sistema Prodes utiliza imagens com maior precisão, dos satélites LandSat e Cbers. Com essa tecnologia, é possível detectar desmatamentos a partir de 6 hectares<sup>35</sup>.

Essa perspectiva positiva evidencia, de forma irrefutável, que, no caso da continuidade de redução para os próximos anos, o Brasil contribuirá, ainda mais, para a

31 Dados obtidos a partir de relatório do Ministério do Meio Ambiente – MMA, sobre o combate ao desmatamento, disponibilizado em visita realizada ao referido órgão no dia 15 de agosto de 2006.

32 “Desmatamento: boas novas e velhos problemas”, disponível em [WWW.WWF.COM](http://WWW.WWF.COM), acessado em 19 de agosto de 2006.

33 “Desmatamento na Amazônia aponta para nova queda em 2006”, disponível em [www.mma.gov.br](http://www.mma.gov.br), acessado em 06 de setembro de 2006.

34 “Desmatamento: boas novas e velhos problemas”, disponível em [WWW.WWF.COM](http://WWW.WWF.COM), acessado em 19 de agosto de 2006.

35 “Desmatamento na Amazônia aponta para nova queda em 2006”, disponível em [www.mma.gov.br](http://www.mma.gov.br), acessado em 06 de setembro de 2006.

segurança do sistema climático global, demonstrando que, no campo do desmatamento, por maiores que sejam os obstáculos enfrentados em âmbito interno, tende a se destacar continuamente.

O último aspecto a ser analisado, no contexto das futuras perspectivas acerca do tema, é a recente tentativa de inclusão das reduções provenientes do desmatamento no rol das atividades passíveis de eleição aos MDL.

A temática citada tem sido discutida desde a Sétima Conferência das Partes (COP-7), ocorrida em Marraqueche, no ano de 2001, que concluiu que as atividades elegíveis ao Mecanismo, no setor de Uso da Terra, Mudança no Uso da terra e Florestas (LULUCF), seriam Florestamento e Reflorestamento<sup>36</sup>. A redução de emissões provenientes do desmatamento não foi incluída. Mesmo a inclusão das duas atividades citadas (Florestamento e Reflorestamento) foi cercada de debates que envolveram aspectos complexos como linha de base, permanência, vazamento/fuga e temporalidade das Reduções Certificadas de Emissões (RCE, mais conhecidas como créditos de carbono). As modalidades e procedimentos para esses tipos de projetos foram definidos na COP-9 (2002 – Milão), sendo que a simplificação para os projetos de pequena escala alcançou o consenso na COP-10 (2003 – Buenos Aires).<sup>37</sup>

O tema de redução de emissões provenientes do desmatamento ressurgiu no Diálogo de *experts*, que teve lugar em Bonn, Alemanha, em maio de 2005. Papua Nova Guiné trouxe a proposta de reconsiderar o assunto. Contudo, diversos aspectos remetiam às discussões pré COP-7, principalmente a defesa de que iniciativas de combate ao desmatamento poderiam ser associadas ao comércio de emissões. A partir desse contexto, Papua Nova Guiné, apoiada por Costa Rica e outros países, solicitou ao Secretariado da Convenção a inclusão do tema como item das discussões da COP 11 – COP/MOP 1. Por influência do Brasil, o assunto foi encaminhado para a Agenda da COP (voltada para a Convenção), e não da COP/MOP (voltada para o Protocolo), sinalizando que os debates deveriam ocorrer no âmbito da Convenção, e não do Protocolo de Quioto<sup>38</sup>. Destaca-se que o Brasil teve papel fundamental para garantir a continuidade do tema, em nível relevante.

Os principais motivos para se tratar do tema na esfera da Convenção são: evitar que os arranjos a serem propostos se relacionem ao comércio de emissões (a filosofia básica de quaisquer instrumentos associados ao mercado de emissões reside na permissão de emissão de gases de efeito estufa, proveniente principalmente de origem fóssil, por parte de países do Anexo I, na quantidade equivalente à redução realizada em outro país. A “troca do carbono” não permanente (florestal) pelo carbono

<sup>36</sup> OLIVEIRA, Adriano Santiago de, e BENNATI, Paula. “A Questão do Desmatamento no âmbito da Convenção sobre Mudança do Clima”, disponibilizado pelo Ministério do Meio Ambiente em visita realizada em 16 de agosto de 2006.

<sup>37</sup> Ibidem.

<sup>38</sup> Ibidem.

permanente (origem fóssil) representa um alto risco para o sistema climático. Portanto, o princípio da Precaução deve ser respeitado); criar oportunidade de obtenção de incentivos aos esforços de redução das taxas de desmatamento, assim como de promoção dos sistemas de manejo florestal sustentável (o Brasil trabalha o conceito de que as iniciativas voluntárias que contribuam para os esforços de redução nas taxas de desmatamento sejam contempladas com recursos novos e adicionais, bem como com transferência de tecnologia e aperfeiçoamento das capacidades já existentes); minimizar o risco de flexibilização para o atendimento dos compromissos quantitativos de redução de emissões por parte do Anexo I (a criação de um novo arranjo de Incentivos Positivos impedirá que haja mais uma flexibilização das atividades que as Partes do Anexo I deverão efetuar para reduzir suas emissões. Adicionalmente, constitui um meio de fortalecer os compromissos não quantitativos, assumidos pelos países em desenvolvimento no âmbito da Convenção, assim como as obrigações de transferência de recursos tecnológicos e financeiros por parte dos países do Anexo I); evitar retrocesso nas negociações, reabrindo discussões encerradas em 2001 (discutir as reduções de emissões provenientes do desmatamento no âmbito do Protocolo de Quioto significa retroceder às discussões que dominaram o debate no passado, principalmente na COP-7, em Marraqueche, onde se decidiu que essa modalidade de projeto não seria elegível ao MDL. Torna-se relevante salientar que os Acordos de Marraqueche foram adotados integralmente pela COP/MOP-1. Reabrir o debate na esfera do Protocolo significa enfraquecer essa importante conquista).

A consideração do tema de redução de emissões advindas do desmatamento é altamente relevante para os países em desenvolvimento que possuem floresta tropical. Contudo, há a necessidade de um novo foco, evitando a reabertura do tema no âmbito do comércio de emissões, que conduziria a discussões técnico-científicas, provavelmente extensas e intensas, acerca de aspectos como linha de base, permanência e fugas.

Ao tratar do item na COP-11, ocorrida em Montreal no final de 2005, o governo brasileiro tentou levar o assunto para o SBSTA (Órgão Subsidiário de Assessoramento Científico e Tecnológico) e para o SBI (Órgão Subsidiário de Implementação), de maneira paralela. A idéia de incentivos positivos poderia ser trabalhada de maneira mais eficiente no SBI, enquanto as questões técnico-científicas, no SBSTA. Não foi possível alcançar o consenso quanto ao tratamento do assunto no âmbito do SBI. O texto de conclusões sobre o tema, advindas da COP-11, trouxe solicitação às Partes para que submetessem ao Secretariado da Convenção, até 31 de março de 2006, seus posicionamentos quanto à redução de emissões provenientes de desmatamento. Os aspectos considerados foram científicos, técnicos e metodológicos, com foco na transferência de informações e experiências, incluindo abordagens políticas e incentivos positivos<sup>39</sup>. Essas informações sistematizadas foram consideradas pelo SBSTA em sua 24ª Sessão (maio de 2006).

<sup>39</sup> OLIVEIRA, Adriano Santiago de, e BENNATI, Paula. "A Questão do Desmatamento no âmbito da Convenção sobre Mudança do Clima", disponibilizado pelo Ministério do Meio Ambiente em visita realizada em 16 de agosto de 2006.

Naquela ocasião, discutiu-se o escopo de um *workshop*, realizado nos dias 30 e 31 de agosto e 1º de setembro, em Roma, Itália. Portanto, antes da 25ª Sessão do SBSTA (novembro de 2006, Nairóbi, Quênia), que continuará deliberando sobre o assunto.

Em âmbito interno, no Brasil, algumas reuniões foram realizadas para tratar da redução de emissões provenientes do desmatamento, sendo exemplos dessas as seguintes: em outubro de 2005, o MRE promoveu duas reuniões de coordenação sobre o tema, antes da COP-11 e da COP/MOP-1; o MMA, por meio da Secretaria de Qualidade Ambiental, promoveu reuniões do Grupo de Trabalho (GT) de Mudanças Climáticas, a maioria com a presença de especialistas de todos os setores da sociedade – destacam-se as ocorridas em setembro de 2005 (5ª reunião do GT, ampla), outubro de 2005 (reunião com a presença da Ministra, setores do MMA envolvidos com o tema e colaboradores eventuais do GT), janeiro de 2006 (6ª reunião do GT, interna, e Reunião extraordinária, ampla), março de 2006 (7ª reunião do GT, interna) –; e reuniões entre MMA, MCT e MRE durante a COP-8 da CDB. O Fórum Brasileiro de Mudanças Climáticas realizou uma reunião em fevereiro de 2006.

As reuniões serviram para construir a posição do governo brasileiro para tratar do item nas negociações internacionais. Após todos os debates que ocorreram nas reuniões mencionadas acima, o governo seguiu a orientação de considerar o tema no âmbito da Convenção sobre Mudança do Clima, conforme dito anteriormente.

Os próximos passos para o tratamento da questão na esfera internacional são os seguintes: a já referida 25ª Sessão do SBSTA (novembro de 2006, Nairóbi, Quênia); a possibilidade de realização de um segundo *workshop* antes de maio de 2007, quando ocorrerá a 26ª Sessão do SBSTA; a 26ª Sessão do SBSTA (maio de 2007); e a 27ª Sessão do SBSTA (dezembro de 2007), quando o Órgão Subsidiário reportará os resultados alcançados e apresentará recomendações.

Como pode ser observado, o processo é longo. Internamente ao Ministério do Meio Ambiente, a Secretaria de Qualidade Ambiental tem conduzido as discussões com as outras Unidades do MMA de maneira construtiva. O consenso interno alcançado em torno da questão tem facilitado o diálogo com os outros atores do cenário nacional, principalmente os Ministérios da Ciência e Tecnologia e das Relações Exteriores. Esse consenso permitiu que a Secretaria de Biodiversidade e Florestas construísse uma proposta preliminar concreta para o conceito de Incentivos Positivos. Por meio de reunião do GT de Mudanças Climáticas, ocorrida no último dia 4 de agosto, foi realizado o primeiro debate interno sobre a proposta, que, ainda, deverá ser discutida com os outros setores do Governo e da sociedade para que seja incorporada às posições brasileiras no âmbito das negociações internacionais.



Dessa forma, restam demonstradas as últimas tendências nacionais sobre tema altamente relevante, o tema da inclusão das reduções provenientes do desmatamento no rol das atividades passíveis de eleição aos MDL. Conforme visto, isso é de extremo interesse do Brasil e, também, de vários países tropicais em desenvolvimento e revela-se, igualmente, uma ótima perspectiva para esses países, em caso de aprovação, vez que poderão incrementar, ainda mais, a emissão de RCE com a referida inclusão.

## 9.6 Conclusão

De acordo com tudo o que foi mostrado ao longo do presente estudo, tem-se, inicialmente, que o Brasil, ainda que figurando como país sobre o qual não recaem compromissos formais perante o Protocolo de Quioto, tem demonstrado-se ativo dentro do contexto internacional de negociações acerca da promoção da efetividade do regime de mudanças climáticas instaurado pela UNFCCC, que vem sendo gradualmente implementado pelo Protocolo.

A afirmação encontra respaldo dentro das limitações propostas para o estudo do tema dentro do contexto do presente trabalho. Isso porque, dentro dos aspectos pinçados de forma a revelar a efetividade do referido regime, quais sejam, o *status* interno dos projetos de MDL, os níveis de desmatamento e as negociações e perspectivas acerca da inclusão das reduções provenientes do desmatamento no rol das atividades passíveis de eleição aos MDL, o país evidenciou sua posição de destaque, segundo os mais recentes dados do Governo Federal.

Dessa feita, a conclusão a que se chega ao final de toda a presente exposição é a de que o Protocolo de Quioto vem alcançando, gradativamente, níveis de efetividade que caminham de razoáveis para bons no Brasil (sempre devendo tal afirmação ser analisada dentro dos limites impostos pelo cenário proposto no presente estudo). Já as perspectivas futuras, amparadas no cenário global atual, são de que os referidos níveis continuem avançando, no que concerne ao atingimento da efetividade esperada do Protocolo em âmbito interno.

## 9.7 Referências:

CALSING, Renata de Assis. *O Protocolo de Quioto e o Direito ao Desenvolvimento Sustentável*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

CALSING, Renata de Assis. Possibilidades e Limites da Efetividade do Direito Internacional Ambiental: Uma análise da CITES, Convenção da Basiléia e Protocolo de Quioto. Tese de mestrado, disponível na biblioteca do Uniceub.

DIAS, Edna Cardozo. "Convenção do Clima". Disponível em [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br), acessado em 22 de junho de 2006.

FEARNSIDE, P. Forest and Global Warming Mitigation in Brazil: Opportunities in the Brazilian Forest Sector for Responses to Global Warming under the Clean Development Mechanism. In *Biomass and Energy* # 16, 1999.

FRANGETO, Flávia e GAZANI, Flávio Rufino. Viabilização Jurídica do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) no Brasil. O Protocolo de Quioto e a Cooperação Internacional. São Paulo. Instituto Internacional de Educação do Brasil, 2002.

OLIVEIRA, Adriano Santiago de, e BENNATI, Paula. "A Questão do Desmatamento no âmbito da Convenção sobre Mudança do Clima", disponibilizado pelo Ministério do Meio Ambiente em visita realizada em 16 de agosto de 2006.

VIOLA, Eduardo. "O Regime Internacional de Mudança Climática e o Brasil", disponível na Revista Brasileira de Ciências Sociais, v.17, n. 50, São Paulo, 2002.

\_\_\_\_\_. A Importância do Papel do Brasil no Regime Internacional de Mudanças Climáticas e na Governabilidade Global. Revista Cena Internacional, ano 06, nº 01, de junho de 2004, p. 03.

WANG, Xueman e WISER, Glenn. *The Implementation and Compliance Regimes under the Climate Change Convention and it's Kyoto Protocol*, p.183, disponível em [www.ciel.org](http://www.ciel.org), acessado em 05 de setembro de 2006.

WISER, Glenn and EDDY, Nathalie. "Public Participation in the Clean Development Mechanism of the Kyoto Protocol", disponível em [www.ciel.org](http://www.ciel.org), acessado em 05 de setembro de 2006.

Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas – UNFCCC.

"CDM Statistics", disponível em <http://unfccc.int/2860.php/>, acessado em 05 de setembro de 2006.

"Desmatamento: boas novas e velhos problemas", disponível em [WWW.WWF.COM](http://WWW.WWF.COM), acessado em 19 de agosto de 2006.

"Desmatamento na Amazônia aponta para nova queda em 2006", disponível em [www.mma.gov.br](http://www.mma.gov.br), acessado em 06 de setembro de 2006.

"Dismal Calculations", artigo retirado do jornal *The Economy*, de 07 de setembro de 2006.

“O Programa de Mudanças Climáticas”. Disponível em [www.mct.gov.br](http://www.mct.gov.br), acessado em 25 de agosto de 2006.

“Relatório do Ministério do Meio Ambiente sobre o combate ao desmatamento”, disponibilizado em visita realizada ao referido órgão no dia 15 de agosto de 2006.

“Status do MDL no Brasil e no Mundo”, p. 09, disponível em [www.mct.gov.br](http://www.mct.gov.br), acessado em 02 de setembro de 2006.

Texto introdutório disponível em [www.ciel.org](http://www.ciel.org), acessado em 18 de agosto de 2006.

“The Heat is On”, artigo retirado do jornal *The Economy*, de 07 de setembro de 2006.



# A Efetividade do Direito Internacional Ambiental

## Capítulo 10

### A EFETIVIDADE DO MECANISMO DE DESENVOLVIMENTO LIMPO (MDL) NO BRASIL

Henrique Vitali Mendes

## A EFETIVIDADE DO MECANISMO DE DESENVOLVIMENTO LIMPO (MDL) NO BRASIL.

Henrique Vitali Mendes<sup>1</sup>

### 10.1 Introdução

Os gases do efeito estufa existem na terra há milhões de anos e possibilitaram o surgimento da vida na terra. Eles absorvem o calor solar e impedem sua dissipação no espaço, da mesma maneira que uma estufa, com isso, mantêm a temperatura adequada para manutenção e proliferação da vida terrestre. Com o advento da revolução industrial, as atividades humanas como queima de combustíveis fósseis, desmatamento e queima de solos para plantios aumentaram, vertiginosamente, a emissão desses gases, o que tornou o planeta mais quente, além de alterar, artificialmente, as condições climáticas do planeta.

Não restam dúvidas, na comunidade científica especializada, de que o fenômeno da ampliação do efeito estufa é causado pelo aumento da concentração de GEE<sup>2</sup> (gases do efeito estufa). Os mais importantes desses gases são o dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>) e o metano (CH<sub>4</sub>), emitidos em virtude da atividade humana (antrópica). O aquecimento global poderá corresponder a um aumento de 1,4 a 5,8 graus Celsius na temperatura da terra, bem como ao aumento do nível dos mares em 9 a 88 centímetros, até o ano de 2100<sup>3</sup>.

As conseqüências do aquecimento global são: derretimento das geleiras polares do Ártico, da Antártica e das cumeeiras de grandes cadeias montanhosas; elevação do nível dos mares; desaparecimento de países insulares; aumento do ritmo das chuvas, dos furacões e das tormentas, recentemente uma surpresa, o furacão Catarina no Sul do Brasil<sup>4</sup>. Outros impactos são: o agravamento das regiões semi-áridas e desérticas, representado pela falta de água; alteração de vocação das regiões agrícolas; proliferação de epidemias tropicais, entre outros<sup>5</sup>.

1 Estudante do 10º semestre de Direito do Centro Universitário de Brasília e pesquisador do Grupo de Pesquisa em Relações Internacionais e Meio Ambiente (GERIMA).

2 Os gases do efeito estufa regulados pela convenção são: dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>), metano (CH<sub>4</sub>), óxido nitroso (N<sub>2</sub>O), hidrofluorcarbonos (HFCs), perfluorcarbonos (PFCs) e hexafluoreto de enxofre (SF<sub>6</sub>).

3 *Feeling the Heat*, texto disponível no sítio: [www.unfccc.org](http://www.unfccc.org), acessado em 25 de fevereiro de 2006.

4 FURRIELA, Rachel Biderman. *Mudanças Climáticas Globais: Desafios e Oportunidades*. Artigo publicado no sítio: [www.ambientebrasil.com.br](http://www.ambientebrasil.com.br), acessado em 20 de maio de 2006.

5 CALSING, Renata de Assis. *Possibilidades e Limites da Efetividade do Direito Internacional Ambiental: Uma Análise da Cites, Convenção da Basiléia e Protocolo de Quioto*. Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título mestre do curso de mestrado em Direito das Relações Internacionais do Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2005. p. 244.

Para regular as mudanças climáticas, a comunidade internacional mobilizou-se e convencionou a criação do Protocolo de Quioto. A grande discussão sobre esse tema gira em torno da sua efetividade, se irá conseguir amortecer o impacto do aumento da temperatura terrestre. A transferência de tecnologia entre países ricos e pobres é uma das grandes esperanças de que o Protocolo possibilite a preservação do meio ambiente. Nesse contexto, os mecanismos de desenvolvimento limpo são, por excelência, o principal objeto de análise, pois viabilizam a participação efetiva de países como o Brasil no regime do Protocolo.

O tratado tem por escopo diminuir as emissões de GEE e a absorção desses pelos sumidouros naturais. O Protocolo criou metas cogentes dirigidas somente aos países do Anexo I (países desenvolvidos) para reduzir, até o período de 2008 a 2012 (chamado primeiro período de compromissos), as emissões dos GEE em 5,2%, em relação às emissões de 1990<sup>6</sup>. Os países que, como o Brasil, não figuram no Anexo I não têm compromissos formais compulsórios com a redução de emissão dos GEE.

## 10.2 O Brasil no Protocolo

O Brasil, apesar de ser um país não-industrializado, de território geográfico bastante vasto, é o 5º maior emissor de CO<sub>2</sub> do planeta<sup>7</sup>. Ele não tem a obrigação de reduzir suas emissões, pois, no primeiro período de compromissos, só os países industrializados assumiram esse encargo, em virtude do princípio da responsabilidade comum, porém diferenciada, adotado na Convenção Quadro das Nações Unidas de Mudanças Climáticas, a qual deu ensejo à criação do Protocolo de Quioto.

O Protocolo criou mecanismos suplementares de flexibilização das metas de redução por intermédio de três instrumentos: (i) o comércio de permissões de emissões (CE), que autoriza um país do Anexo I a vender uma parcela da sua quota de emissão a outro do Anexo I; (ii) a implementação conjunta (IC), que permite às Partes do Anexo I financiarem desenvolvimentos de tecnologias limpas no território de outras do Anexo I; (iii) o mecanismo de desenvolvimento limpo (MDL), que permite aos países do Anexo I financiarem o desenvolvimento de tecnologias limpas no território de países que não estão no Anexo I. Dentre os três, o MDL é o único mecanismo que admite a participação voluntária de países em desenvolvimento como o Brasil.

O MDL é disciplinado pelo artigo 12 do Protocolo de Quioto, que define as normas e condições de implementação das atividades de projetos MDL. O objetivo do MDL é auxiliar os países em desenvolvimento a viabilizarem o desenvolvimento

<sup>6</sup> *Essential Background*. Informação oficial do secretariado da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança de Clima disponível no sítio: [www.unfccc.org](http://www.unfccc.org), acessado em 23 de fevereiro de 2006.

<sup>7</sup> Idem



sustentável e a reduzirem as emissões de GEE.

As quantidades relativas a reduções bem sucedidas de emissão de GEE atribuídas a uma atividade de projeto resultam em Reduções Certificadas de Emissões (RCE), que são mensuradas em tonelada métrica de CO<sub>2</sub> equivalente (t CO<sub>2</sub> e). As RCE são utilizadas pelos países industrializados como forma de cumprimento das metas de redução do tratado. Esses certificados podem ser comercializados entre os países, aqueles que os possuem e já alcançaram a sua meta de redução podem vendê-los a quem precise alcançar a meta. Desse modo, o Brasil pode oferecer RCE aos países desenvolvidos.

As RCE<sup>8</sup> podem ser definidas como créditos de carbono, cuja comercialização cria o mercado de carbono. As RCE são negociadas no mercado inserto no regime do Protocolo de Quioto<sup>9</sup>, o *Carbon Emission Reduction Trade* (CERT). Existem outros créditos de carbono como as unidades de redução de emissão (URE), as unidades de quantidade atribuída (UQA) e as unidades de remoção (URM)<sup>10</sup>. No mercado de Quioto, os créditos comercializados<sup>11</sup> são as RCE, também chamados de mercado *Kyoto Compliance*.

### 10.3 A dinâmica do MDL

A decisão 17 da COP-7 determinou um método obrigatório no processo de MDL, o qual envolve agentes competentes destinados à concretização de fins específicos<sup>12</sup>, que, somados, viabilizam o funcionamento adequado ao MDL. Os agentes são:

Conferência das partes do Protocolo de Quioto (COP/MOP), órgão supremo do MDL.  
Conselho Executivo (*Executive Board*).  
Entidades Operacionais Designadas (EOD).  
Autoridades Nacionais Designadas (AND).

Os atos realizados por esses agentes são:

Validação do projeto de MDL, necessária para haver o registro.

Aprovação da atividade do projeto de MDL.

<sup>8</sup> As reduções Certificadas de Emissões são uma unidade emitida em conformidade com o artigo 12 do Protocolo de Quioto.

<sup>9</sup> Existem outros mercados que merecem citação além do CERT, são eles: *European Union Emissions Trading Scheme*; *Chicago Climate Exchange* (CCX).

<sup>10</sup> Núcleo de Atividades Estratégicas da Presidência da República. CADERNOS NAE. n. 04/2005. v. II, p. 423.

<sup>11</sup> O valor dos créditos de carbono estimados no período 2008-2012 variam entre U\$8 e U\$32/tCO<sub>2</sub>e. Fonte: *PriceWaterHouseCoppers*, Apud CADERNOS NAE. N. 04/2005. v. II, p. 103.

<sup>12</sup> FRANGETTO, Flavia Witkowski e GAZANI, Flavio Rufino. *Viabilização Jurídica do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) no Brasil*. O Protocolo de Kyoto e a Cooperação Internacional. Brasília, DF: IIEB Instituto Internacional de Educação do Brasil. 2002. p. 85,

Verificação (com base no monitoramento), que garante a mensuração da redução de emissões para obter certificação.  
Emissão das RCE.

A COP é órgão supremo da UNFCCC e fonte máxima para o MDL nas determinações e orientações de sedimentação e de gestão. A COP decide a competência dos demais agentes.

O Conselho Executivo é o agente central responsável por supervisionar o MDL, atua como órgão consultivo quando recomenda ao agente superior (COP) metodologias de aplicação do processo do MDL. Atua como órgão deliberativo quando decide sobre a legitimação dos agentes executores, sobre sua operacionalização e sobre cada projeto de MDL, no que diz respeito à aceitação formal de sua existência e à aprovação de emissões de RCE dele provenientes.

As entidades operacionais designadas são agentes executores que realizam os atos de avaliação e de adequação do projeto de MDL aos procedimentos estabelecidos pela COP, após consulta ao Conselho Executivo. Elas são designadas pelo Conselho Executivo para funções pertinentes ao surgimento de projetos de MDL.

O país anfitrião tem a prerrogativa de aprovar projetos de MDL e confirmar que a atividade desenvolvida no projeto contribui para o desenvolvimento sustentável do país. As autoridades nacionais designadas são responsáveis pela aprovação de atividades de projetos de MDL. Cabe a elas, estabelecer diretrizes, no âmbito de cada país, sobre estratégias e posturas a serem adotadas para implementação de novos projetos.

A autoridade nacional brasileira é a Comissão Interministerial de Mudança Global do Clima (CIMGC), composta por 9 ministérios: Ministério da Ciência e Tecnologia; Ministério das Relações Exteriores; Ministério da Casa Civil; Ministério do Orçamento e Gestão; Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento; Ministério dos Transportes; Ministério de Minas e Energia; Ministério do Meio Ambiente, Ministério do Desenvolvimento Indústria e Comércio Exterior<sup>13</sup>. Ela é presidida pelo ministro da Ciência e Tecnologia, e a vice-presidência cabe ao ministro do Meio Ambiente. A comissão tem reunião ordinária a cada 2 meses, podendo reunir-se, extraordinariamente, a qualquer momento, por motivos de força maior.

A interação desses agentes, cada qual em sua respectiva função, ocorre no sentido de viabilizar a existência de projetos de MDL, em virtude da pretensão de existência, do provável surgimento.

13 Núcleo de Atividades Estratégicas da Presidência da República. CADERNOS NAE. n. 04/2005. v. II, p. 431.

### 10.3.1 Os Critérios de Elegibilidade

Os requisitos de elegibilidade são as condições impostas pelo art. 12,5 do Protocolo para que o pretense projeto de MDL possa ser elevado a tal categoria. Os requisitos são: participação voluntária aprovada por cada parte envolvida; benefícios reais, mensuráveis e de longo prazo, relacionados com a mitigação do clima; reduções de emissões que sejam adicionais às que ocorreriam na ausência da atividade certificada de projeto. A observância aos preceitos estabelecidos no regime legal do MDL é a condicionante de legalidade dos projetos de MDL<sup>14</sup>.

O requisito da voluntariedade refere-se à opção de se escolher reduzir emissão via projeto de MDL. Ela é voluntária em relação à vontade do país anfitrião, que assente com a implementação do projeto livremente, ou seja, sem coerção. A voluntariedade impede a existência de norma que obrigue a realização de atividade de redução de GEE via projeto de MDL.

Os benefícios dizem respeito às emissões de GEE, ou seja, às reduções auferidas e comprovadas. É necessário demonstrar que as reduções de emissões não seriam possíveis sem a implementação do projeto de MDL, ou seja, esses benefícios são mensurados com a análise de outro critério, o da adicionalidade.

O critério da adicionalidade significa que as emissões antrópicas de GEE que serão evitadas na atividade não ocorreriam na sua ausência<sup>15</sup>. A mensuração da adicionalidade é obtida com a definição do cenário de referência.

O conceito de desenvolvimento sustentável é uma idéia a ser desenvolvida por cada país parte do Protocolo, a definição a ser dada foi atribuída a cada um. A responsabilidade, no Brasil, ficou com a CIMMG, que estabeleceu os critérios para avaliar se a atividade contribui para o desenvolvimento sustentável<sup>16</sup>, entre os quais: contribuição para a sustentabilidade local; contribuição ao desenvolvimento de condições de trabalho e à criação líquida de empregos; contribuição à distribuição de renda; contribuição ao treinamento e desenvolvimento tecnológico; contribuição à integração regional e à relação com outros setores.

14 FRANGETTO, Flavia Witkowski e GAZANI, Flavio Rufino. Op cit. p. 60.

15 Decisão 17/COP 7, 44, do anexo dos acordos de Marraqueche.

16 A Comissão Interministerial estabeleceu os critérios com a edição da resolução n. 1 de 2 de dezembro de 2003, no Anexo III.

## 10.4 Ciclos do Projeto de MDL

Para que um projeto emita RCE, deve cumprir um ciclo de 7 etapas: (i) a elaboração do Documento de Concepção do Projeto (DCP); (ii) validação; (iii) aprovação; (iv) registro; (v) monitoramento; (vi) verificação; (vii) emissão.

O ciclo tem início com o ato dos participantes da atividade candidata a projeto de MDL, a apresentação do DCP. Ele deve conter informações sobre a atividade do projeto, as metodologias de linha de base e monitoramento, plano de monitoramento, duração da atividade do projeto e período de creditação, cálculos de emissões por fontes de GEE, análise de impactos ambientais e comentários de atores interessados.

A avaliação de impacto ambiental, por ser um dos instrumentos da política nacional do meio ambiente, é exigível por qualquer atividade potencialmente poluidora. O Estudo de Impacto Ambiental é a forma constitucional de avaliação de impacto ambiental, visto que contempla um profundo estudo da área de influência da atividade.

As atividades de MDL voltadas para eficiência energética, fontes renováveis de energia, florestamento e reflorestamento, gestão de resíduos e aproveitamento de metano, setor de transportes e substituição de combustíveis, precisam requerer as licenças ambientais para que possam desenvolver-se em solo brasileiro<sup>17</sup>.

Qualquer planta de geração, incluindo hidrelétricas, termoeletricas, usinas eólicas e outras fontes renováveis, que implique pequeno potencial de impacto ambiental deve submeter-se ao processo de licenciamento ambiental simplificado. Para adquirir licença prévia, o proponente do projeto deve apresentar à autoridade ambiental o relatório ambiental simplificado (RAS), que contém informações sobre impactos ambientais na região geográfica da instalação, aumento ou operação da planta. É o diagnóstico ambiental da área de influência do projeto.

Com base na análise do relatório, a autoridade ambiental verifica se o projeto preenche os requisitos para obtenção do licenciamento simplificado. Se não ocorrer, o proponente deve realizar o estudo padrão. Obtendo a licença prévia, o proponente deve cumprir as exigências impostas pela autoridade a fim de conseguir a licença de instalação para pôr em funcionamento a atividade do projeto.

A segunda etapa do ciclo é feita por uma EOD, que pode ser uma pessoa jurídica de direito privado ou público, previamente autorizada pelo Conselho Executivo. Ela avalia o projeto quanto aos requisitos de elegibilidade citados no item 3.1 deste estudo, baseada nas informações contidas no DCP.

17 Núcleo de Atividades Estratégicas da Presidência da República. CADERNOS NAE. n. 04/2005. v. II, p. 343.

A aprovação corresponde ao ato em que a AND confirma se houve participação voluntária das partes (países) envolvidas, além de verificar se a atividade contribui para o desenvolvimento sustentável, análise essa baseada nos cinco aspectos descritos no anexo III da resolução n.1, de 2 de dezembro de 2003.

O registro é a etapa em que o projeto passa a existir no mundo como projeto de MDL, e sua consequência é a criação, modificação, transferência e extinção de direitos. O registro é a aceitação formal do projeto pelo CE, resultado de nova apreciação da metodologia e da adicionalidade do projeto. Após o registro, surge a expectativa de emissão de RCE.

Depois que passa a existir formalmente, a atividade sofre o monitoramento, que consiste no recolhimento e no armazenamento de dados para calcular as reduções das emissões de GEE, de acordo com o plano traçado no DCP, dentro dos limites da atividade do projeto e do período de obtenção de créditos. Essa etapa é cumprida pelos participantes do projeto.

A verificação é uma auditoria independente que revisa os cálculos de redução apresentados no DCP para observar as reduções que ocorreram efetivamente. Feita a verificação, o conselho executivo certifica que a atividade do projeto conseguiu obter o número de reduções previstas no período especificado no DCP.

Vencidas as etapas descritas, o CE tem a certeza de que as reduções de emissões de GEE foram reais e efetivas, portanto, o projeto está apto a receber as RCE. O CE emite as RCE em favor dos participantes da atividade, na proporção que foi pactuada no contrato. Nessa fase, os participantes auferem os frutos do empreendimento, e o ciclo do MDL é, por fim, materializado, o que abastecerá o mercado de carbono.

## 10.5 Aplicação dos Institutos ao Caso Concreto

O estudo de caso cristaliza o entendimento sobre uma matéria debatida. A aplicação das normas jurídicas no caso concreto comprova a efetividade de seus comandos. A atividade do projeto da empresa de fabricação e de beneficiamento de arroz CAMIL demonstra a aplicação real dos diversos diplomas jurídicos pertinentes ao MDL.

O propósito da atividade do projeto é evitar a emissão de metano ( $\text{CH}_4$ ) das cascas de arroz desperdiçadas, bem como a emissão de carbono ( $\text{CO}_2$ ) relacionado à geração de energia da rede elétrica. Para alcançar essa meta, a atividade do projeto é a geração de eletricidade por meio da biomassa excedente da produção, é a combustão

das cascas de arroz, substituindo a eletricidade provinda do *grid*, com intuito de evitar a sua decomposição.

A CAMIL é uma companhia de produção de arroz branco e de óleo de arroz para o mercado interno e de beneficiamento de arroz<sup>18</sup>. A empresa está localizada na cidade de Itaqui, região leste do Estado do Rio Grande do Sul<sup>19</sup>, e tem como principal atividade, na região geográfica do projeto, a produção e o beneficiamento de arroz. Os moinhos de arroz geram muitos resíduos de biomassa, que é a casca de arroz, deixada à decomposição em aterros licenciados.

O projeto é uma unidade de geração de eletricidade à biomassa com 4,2 MW de potência instalada<sup>20</sup>, usando cascas de arroz como combustível único para alimentar sua caldeira, desse modo, a companhia não depende de fontes externas para manter a termoelétrica operando na capacidade máxima.

## 10.6 Fases do Projeto

A fase preliminar é a que antecede a existência do projeto de MDL. Nela, os participantes submetem o DCP a fim de que o projeto seja elevado à categoria de projeto de MDL. A CAMIL apresentou o DCP, no qual demonstrou a viabilidade de implementação do projeto capaz de gerar créditos de carbono.

O DCP descreveu a atividade desenvolvida, tendo como base os critérios de elegibilidade. A atividade desenvolvida é um projeto de geração de energia elétrica à biomassa, o que a faz uma atividade de fonte renovável de energia.

A descrição técnica do projeto enfoca o aproveitamento de 2 categorias de projeto de pequena escala que, somadas, formam o projeto, o que dá ensejo a mais emissões de RCE do que a exploração de apenas uma atividade. As atividades são a geração de energia renovável conectada à rede elétrica e a prevenção da emissão de metano proveniente da decomposição da biomassa, em razão da combustão controlada. Os dois tipos reduzem as emissões de GEE por substituir a eletricidade da rede (evita emissões de CO<sub>2</sub>) e por evitar a decomposição das cascas de arroz (evita emissões de CH<sub>4</sub>).

A casca de arroz é uma biomassa renovável e será usada para fornecer eletricidade e/ou substituir a eletricidade advinda da rede elétrica do Estado do Rio

18 Disponível no sítio: <http://www.camil.com.br/empresa.php>.

19 Projeto de Geração de Eletricidade à Biomassa CAMIL Itaqui. Documento de Concepção do Projeto, p. 5. Disponível no sítio: [www.mct.gov.br](http://www.mct.gov.br), acessado em 11 de agosto de 2006.

20 Op. cit. p. 3.

Grande do Sul. As usinas termoeletricas do RS são abastecidas por carvão – assim, o projeto substitui pelo menos um combustível fóssil. A atividade do projeto, portanto, reduz emissões de carbono pela geração de eletricidade baseada em combustível fóssil e impede que as cascas de arroz sejam deixadas à decomposição.

Os participantes estimaram um total de redução de 401.388 toneladas de carbono equivalente ( $tCO_2$ ), no período de 7 anos de crédito<sup>21</sup>. As reduções de carbono planejadas correspondiam a 63.301  $tCO_2$ e. Já as reduções de metano foram calculadas em 338.087  $tCO_2$ e. O tempo de vida operacional da atividade foi estipulado em 30 anos, e o primeiro período de créditos da atividade é de sete anos<sup>22</sup>.

Para auferir as reduções estimadas no DCP, o plano de monitoramento do projeto foi feito com a medição da eletricidade gerada pela tecnologia renovável – a quantidade de biomassa acrescentada iria ser monitorada. O plano de monitoramento previa a medição de eletricidade gerada pela instalação da combustão das cascas de arroz, maneira de medir a eletricidade substituída pela rede elétrica. A quantidade de biomassa queimada seria monitorada pelo cálculo da produção de cascas de arroz e pelo monitoramento das cascas de arroz que deixassem a fábrica.

A adicionalidade foi comprovada por meio da descrição do fato de que, antes da instalação da termoeletrica, 81% das cascas de arroz eram depositadas em aterros licenciados fora da planta de processamento de arroz da CAMIL. Com a implementação do projeto, 70% das cascas produzidas são utilizadas como combustível na caldeira, tendo o excedente baixado para 30% de desperdício, ao invés de 81%.

Outro fato que contribuiu para provar a adicionalidade foi que, após outubro de 2005, o excedente de eletricidade passou ser vendido ao *grid*, o que acarretou na utilização de 93% do total de cascas de arroz geradas pela atividade do projeto a partir de dezembro de 2005.

Não existe nenhuma lei no Brasil, em sentido amplo, que obrigue a implementação da atividade do projeto. Os participantes declararam a livre e espontânea vontade em dar início à atividade. Assim, a voluntariedade restou comprovada.

No anexo III do DCP<sup>23</sup>, os participantes apontaram que o projeto contribui para o desenvolvimento sustentável, à medida que aumenta oportunidades de emprego na região da termoeletrica, diversifica a tecnologia das fontes geradoras de energia elétrica na região sul do país, encoraja a implementação de atividades do mesmo gênero e, por fim, otimiza a utilização de recursos naturais.

21 Op. cit. p. 10.

22 Projeto de Geração de Eletricidade à Biomassa CAMIL Itaqui. Documento de Concepção do Projeto, p. 18. Disponível no sítio: [www.mct.gov.br](http://www.mct.gov.br), acessado em 11 de agosto de 2006.

23 Disponível em: <http://www.mct.gov.br>, acessado em 06 de agosto de 2006.



O DCP foi validado em 16 de dezembro de 2005<sup>24</sup>, e a comissão interministerial aprovou a atividade do projeto em 29 de dezembro de 2005<sup>25</sup>. O conselho executivo registrou o projeto em 11 de fevereiro de 2006<sup>26</sup>. Logo após o registro, os participantes do projeto requisitaram a emissão de 207.298 RCE ao Conselho Executivo, referentes ao primeiro período de créditos do projeto de 1º de julho de 2001 a 31 de dezembro de 2005.

Vale ressaltar que a atividade tinha como participante o fundo de investimentos holandês BioHeat International b.v., representado no Brasil pela PTZ BioEnergy Ltda. Portanto, o DCP teve de ser submetido à AND holandesa para aprovação do projeto, que ocorreu em 22 de dezembro de 2005<sup>27</sup>.

Feita a verificação da atividade, foi atestada a consonância das reduções da atividade com o plano de monitoramento e confirmado que elas realmente ocorreram, o que deu ensejo à certificação. Em 6 de julho de 2006<sup>28</sup>, foram emitidas as 207.298 RECs aos participantes do projeto na forma convencionada no contrato. As emissões foram referentes ao primeiro período de reduções do projeto.

Atualmente, os participantes do projeto precisam preparar-se para enfrentar um novo ciclo para auferir as RCE do segundo período de compromissos do projeto, que inclui nova verificação, certificação e monitoramento como condições para recebimento de novas RCE.

## 10.7 Aspectos Contratuais do Projeto

Para definir o tipo de contrato que rege o projeto de MDL, algumas variáveis entram em jogo, como a quantidade de participantes e a fase em que o projeto se encontra. Há de se analisar a atividade elegível que busca tornar-se um projeto, pois ela irá ensejar os contratos para reger as relações jurídicas que surgirão.

É fundamental saber a natureza desses contratos para entender qual será a repercussão jurídica no cotidiano. De acordo com o critério de elegibilidade da voluntariedade, os contratos têm de ser pactuados em igualdades de condições, assim, os contratos são paritários ou sinalagmáticos. Como o acordo de vontades entre os

24 *Project 0231: CAMIL Itaquí Biomass Electricity Generation Project*. Disponível em: [http://cdm.unfccc.int/Issuance/cers\\_iss.html](http://cdm.unfccc.int/Issuance/cers_iss.html) acessado em 13 de agosto de 2006.

25 *Projetos Aprovados nos Termos da Resolução nº 1*. Disponível em: <http://www.mct.gov.br>, acessado em 06 de agosto de 2006.

26 *Project 0231: CAMIL Itaquí Biomass Electricity Generation Project*. Disponível em: [http://cdm.unfccc.int/Issuance/cers\\_iss.html](http://cdm.unfccc.int/Issuance/cers_iss.html), acessado em 13 de agosto de 2006.

27 *Idem*.

28 *Ibidem*.

participantes cria obrigações recíprocas entre eles, os contratos são bilaterais<sup>29</sup>. O proprietário das RCE obriga-se a entregá-las, e o adquirente obriga-se a pagar por isso, ambos com a mesma autonomia negocial.

Como os contratantes sacrificam seu patrimônio em troca de algo que lhes seja vantajoso, o contrato é oneroso<sup>30</sup>. Os contratos de MDL são comutativos, pois os contratantes pactuam, exatamente, as quantidades exatas de RCE que serão vendidas.

Uma atividade candidata a projeto de MDL é regida por vários contratos, e não apenas um, como se possa imaginar. Em um projeto, pode haver a existência recíproca de três ou até mais contratos. Os participantes podem celebrar um contrato de compra e venda de RCE, um contrato de seguro para prevenção de quebras de maquinário e acidentes na execução da atividade e um contrato de financiamento para a implementação da atividade, isso depende dos termos em que a negociação foi travada.

Há quem defenda que os participantes celebrem um único contrato quando a implementação da atividade ocorre conjuntamente, que seria o financiamento para a construção da atividade por um participante de um país desenvolvido. Esse contrato seria o “acordo de investimento”<sup>31</sup>.

Ocorre que os participantes do projeto não optam por esse tipo de contrato ao implementarem, conjuntamente, a atividade. Eles celebram um contrato de compra e venda de RCE, com a particularidade de ser um contrato de execução diferida<sup>32</sup>. Assim, os participantes pactuam a venda, só que a entrega das RCE só ocorrerá depois da emissão feita pelo Conselho Executivo.

Esse pacto é possível, dado que os participantes do projeto estabelecem no DCP a quantidade exata de GEE que se pretende reduzir. Dessa maneira, os participantes podem celebrar um contrato de promessa de compra e venda, em virtude da expectativa de direito de surgimento das RCE, só após a emissão do CE. A maioria dos participantes opta por, mesmo antes de emitidas as RCE, celebrar o contrato de compra e venda delas<sup>33</sup>, valendo-se da livre iniciativa, já que o objeto do contrato de compra e venda pode ser um bem corpóreo ou incorpóreo, até mesmo uma expectativa de direito<sup>34</sup>.

29 RODRIGUES, SILVIO. *Direito Civil. Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3, p. 29.

30 RODRIGUES, SILVIO. Op. cit. p. 31.

31 UNEP – UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMM. *Legal Issues Guidebook to the Clean Development Mechanism*. Roskilde, 2004. Versão traduzida dos modelos de contrato em: FREITAS, MARCUS WILLIAN BEZERRA de. *Implementação do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo no Brasil. A Natureza dos Contratos MDL*. Monografia apresentada como requisito para conclusão de curso de direito do Uniceub, 2005.

32 O contrato de execução diferida é aquele “que uma das partes deve cumprir sua obrigação em tempo futuro.” Fonte: RODRIGUES, SILVIO. Op cit. p. 38.

33 ASSIS, RENATA CALSING DE. Os Contratos de MDL. Palestra proferida no seminário da Rede Latino-Americana e Européia sobre o Governo dos riscos: *Session de septembre 2006: Delocalisation, Pollutions, Responsabilite. Realizado na Université de Limoges, França*.

34 “Não se torna nulo o contrato apenas porque o objeto se constitui de coisas futuras... se tais aspectos foram conhecidos

Como o contrato de compra e venda é consensual, ele não gera domínio, apenas uma obrigação de transferi-lo, é lícito contratar sobre algo que virá a existir<sup>35</sup>.

Na prática, a modalidade “acordo de investimentos” é muito pouco utilizada pelas partes<sup>36</sup>, fato que torna o contrato de compra e venda de RCE o título jurídico que fundamenta as atividades de MDL.

O contrato de compra e venda pode ser pactuado em diversos contextos. O primeiro deles é quando o participante do país anfitrião, o participante que irá instalar a atividade em seus domínios implementa a atividade sem participação externa, ou seja, determinada empresa desenvolve uma atividade de MDL por conta própria. Ao final do ciclo, com as RCE em mãos, essa empresa poderia transacioná-las com quem lhe convier.

O segundo contexto é mais complexo, pois implica a instalação conjunta da atividade. Quando a atividade é implementada conjuntamente, existe a figura do investidor, que é a empresa ou ente governamental estrangeiro com interesses em obter as RCE para cumprir as metas de redução do Protocolo. O investidor arca com os custos de desenvolvimento de uma atividade de MDL em territórios de um país em desenvolvimento, em troca do recebimento das RCE.

Os termos em que o investimento irá ocorrer podem ser pactuados pelos participantes por meio de um contrato de financiamento, em cujas cláusulas conste o modo como a devolução da quantia investida vai ser executada. O contrato de financiamento é acessório à obrigação principal, a venda das RCE, que, por sua vez, é objeto do contrato de compra e venda.

No caso da CAMIL, os participantes celebraram um contrato oneroso e bilateral. A avença pactuada entre os participantes gera direitos e deveres a ambos, o que caracteriza a onerosidade. Como ambas as partes assumiram algum tipo de obrigação, temos a presença da bilateralidade. O projeto, basicamente, envolve um investidor estrangeiro que financia a implementação, em troca do recebimento do total das RCE advindas do projeto. Logo, o contrato celebrado, nesse caso, insere-se na categoria de implementação conjunta.

O ônus do investidor consiste em disponibilizar recursos para implementação da atividade, que gera o direito de auferir os créditos de carbono gerados. A obrigação do participante do país anfitrião resume-se a tomar precauções e adotar iniciativas para que a atividade se desenvolva de acordo com o programado, em troca de benefícios

dos contratantes”. Fonte: VENOSA, SILVIO DE SALVO *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2, p. 438.

35 Nesse diapasão, o artigo 482 do código civil brasileiro preceitua que: “A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordem no objeto e no preço”.

36 ASSIS, RENATA CALSING DE. Op. cit.

financeiros que modernizam a atividade comercial praticada na planta em que o projeto será desenvolvido.

A CAMIL obrigou-se, contratualmente, a operar a planta em que a atividade do projeto é desenvolvida, medir os dados de monitoramento e reduzir as emissões de GEE em 401.388. A BioHeat International b.v. assumiu a obrigação de desenvolver a atividade, por meio da PTZ BioEnergy LTDA., chamada entidade de projeto<sup>37</sup>.

A atividade irá gerar um valor de \$ 2.753.541,00 (dois milhões setecentos e cinquenta e três mil quinhentos e quarenta e um dólares) referente à venda dos créditos de carbono comercializados no período de 7 anos<sup>38</sup>. Esse valor será creditado à entidade holandesa, em respeito ao que foi pactuado pelos participantes, ou seja, será de titularidade da BioHeat. Essa informação está presente no DCP, logo, o Conselho Executivo irá emitir RCE para o ente do país membro do anexo I, ao invés do que faria se a atividade não contasse com participante estrangeiro.

Caso um dos participantes não cumpra as obrigações assumidas no contrato, a solução da controvérsia terá que ser regida pelas normas de direito internacional, com base no art. 9 da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro<sup>39</sup>. Os participantes podem convencionar que, caso ocorra conflitos, se submeterão à arbitragem nos termos do contrato, com o intuito de evitar um provável conflito entre a jurisdição brasileira e a holandesa, além de obter uma decisão final e obrigatória aos participantes.

O contrato do caso objeto do presente estudo não é um fenômeno isolado. O Brasil já teve 11 projetos de MDL que receberam as RCE, dentre eles, 5 contavam com a presença de investidores estrangeiros<sup>40</sup>. Atualmente, foram feitos ao Conselho Executivo pedidos de emissão de RCE por 3 projetos brasileiros, 2 deles com a presença de investidores estrangeiros<sup>41</sup>.

## 10.8 As Atividades de MDL no Brasil

Já foram submetidas à apreciação da Comissão Interministerial 105 atividades candidatas a MDL, sendo que 82 foram aprovadas<sup>42</sup>. Dentre elas, 59 foram registradas no conselho Executivo, o que confere ao Brasil a segunda colocação em projetos

37 Idem.

38 DOCUMENTO DE CONCEPÇÃO DO PROJETO. Pg 14 Disponível em: <http://www.mct.gov.br>, acessado em 06 de agosto de 2006.

39 Decreto Lei n. 4.657 de 4 de setembro de 1942, art 9, parágrafos 1º e 2º.

40 Disponível em: [http://cdm.unfccc.int/Issuance/cers\\_iss.html](http://cdm.unfccc.int/Issuance/cers_iss.html), acessado em 22 de agosto de 2006.

41 Disponível em: [http://cdm.unfccc.int/Issuance/request\\_iss.html](http://cdm.unfccc.int/Issuance/request_iss.html), acessado em 22 de agosto de 2006.

42 STATUS ATUAL DAS ATIVIDADES DE PROJETO DO MDL NO BRASIL E NO MUNDO. pg 9. Disponível em: <http://www.mct.gov.br>, acessado em 28 de julho de 2006.

registrados, ficando atrás apenas da Índia, com 75 projetos<sup>43</sup>.

As reduções das emissões provenientes dos projetos brasileiros registrados no CE equivalem a 179 milhões de tCO<sub>2</sub>e, o que equivale a 12% do total mundial. Embora 58% dos projetos brasileiros sejam atividades de geração elétrica e cogeração com biomassa, os responsáveis pela maior parte das reduções são as atividades de aterro sanitário e a redução de óxido nitroso (N<sub>2</sub>O), pois correspondem a 62%, totalizando 109 milhões de tCO<sub>2</sub>e<sup>44</sup>.

---

43 Op cit. p. 10.

44 Op cit. p. 8.

## 10.9 Conclusão

Para avaliar a efetividade de uma convenção internacional é necessário saber o que ela se propôs a fazer, ou seja, quais os objetivos perseguidos por ela. As metas de redução de emissões do Protocolo de Quioto são bastante tímidas. Isso indica que o tratado teve a intenção, apenas, de iniciar o processo de adequação do crescimento econômico dos países membros, com as necessidades de mitigação dos efeitos do aumento da temperatura global. Ao contrário do que muitos pensam, o Protocolo não aspira acabar com o aumento da temperatura, tenta, apenas, minimizar seus efeitos.

O Protocolo é um instrumento inovador no direito ambiental internacional, pois alia regras de proteção ambiental com as regras de mercado. O Protocolo de Quioto é, por excelência, um tratado econômico. A inclusão dos mecanismos de flexibilização de metas é a prova disso, o que faz com que países como o Brasil possam adquirir tecnologias modernas para introduzir no pólo industrial. Dessa maneira, o crescimento econômico dos países em desenvolvimento alinha-se aos princípios do Protocolo.

A maioria dos países está adequando-se ao tratado, o que mostra que ele está sendo efetivo na mudança de condutas. No entanto, a grande maioria dos países europeus não atingiu suas metas, fato que incendeia a discussão em torno da efetividade do tratado. Os países vêm encontrando enormes dificuldades em se adequar ao novo modo de produção, fato que causa muito ceticismo sobre a continuidade do regime após o primeiro período de compromissos.

O boicote ao Protocolo feito pelos Estados Unidos é outro fator que dificulta as reduções das emissões de GEE, dado que é o maior emissor mundial. No entanto, a sociedade civil americana vem se mobilizando e criando normas internas de adequação ao tratado, independentemente da intransigência do governo federal norte-americano.

O ceticismo da comunidade acadêmica sobre a existência do Protocolo após 2012 baseia-se nos diferentes critérios que cada país adota para comunicar suas emissões internas. Outra agravante apontada pelos pesquisadores acadêmicos é que as normas do Protocolo não provocaram nenhuma mudança de comportamento nas pessoas. A mudança de comportamento pessoal indica a mudança do modo de consumo.

A aplicação do tratado vem sendo aperfeiçoada por meio da percepção de problemas como os apontados pelos estudiosos. Já existem empresas que direcionam seu *marketing* para a área ecologicamente alinhada com o meio ambiente. Na Europa, há produtos com etiquetas ecológicas, a fim de promover o consumo consciente dos cidadãos. As empresas que estão investindo em *marketing* ambiental estão tendo retorno satisfatório, o que indica mudança no comportamento das pessoas, ao contrário do que muitos pensam.

Embora essa mudança ainda não seja significativa, já é um começo de empreendimento bem sucedido, que servirá de incentivo para as empresas brasileiras implantarem estratégias de crescimento ambientalmente corretas. A introdução da sociedade civil no regime de Quioto tem grandes chances de sucesso se as empresas apresentarem alternativas de consumo.

O Brasil não tem metas cogentes de redução. Sua participação na persecução de reduzir as emissões resume-se, atualmente, aos projetos de MDL, pois as políticas públicas de incentivo são insuficientes para introduzir a sociedade civil no debate das mudanças climáticas. Não obstante, é um dos principais países no contexto do MDL. A notória participação de destaque do país nas negociações que deram ensejo à criação desse mecanismo colocou-o em posição de destaque nas negociações e propostas para a efetivação do MDL, como instrumento de participação voluntária dos países em desenvolvimento com as desejadas reduções de emissões de GEE.

A importância estratégica do Brasil não é um mero acaso. Como se notou no presente estudo, a implementação do MDL no Brasil está viabilizada. O que quer dizer que as metas do Protocolo de Quioto, referentes ao tema, são aplicadas e obedecidas no território brasileiro, mesmo sem o caráter da obrigatoriedade.

A implementação do MDL no Brasil contribui não apenas para a mitigação dos efeitos do aumento da temperatura global, contribuem também com o desenvolvimento sustentável, o que expande a eficácia do MDL para além de um mecanismo de flexibilização de metas, dado que possibilita geração de empregos, criação de novas tecnologias e melhoria das condições ambientais.

O Protocolo de Quioto é um tratado com metas precisas e normas fáceis de serem entendidas, que oferece aos países em desenvolvimento incentivos econômicos para modernizar seu pólo industrial. Os incentivos econômicos são o fator preponderante para medir o bom nível de efetividade em solo brasileiro do Protocolo, pois é o único incentivo financeiro real que as empresas recebem para adequar sua produção às normas ambientais, sem o qual o MDL não teria efetividade alguma.

As oportunidades de benefícios econômicos são inúmeras, uma vez que o Brasil na posição de país em desenvolvimento é um grande candidato a receber recursos externos para concretizar as atividades de MDL. Os créditos de carbono têm uma crescente demanda na economia mundial, fato comprovado pela existência de inúmeros mercados nos quais são valorizados.

Ante essa oportunidade, o governo brasileiro deve investir em suas instituições para facilitar o acesso às informações e às tecnologias para as entidades que se interessarem no assunto. Caso contrário, a imobilidade acarretará, além da perda do



papel de destaque nas negociações do tratado, a perda de investimentos estrangeiros, o que significaria uma involução brasileira no cenário mundial.

O Mecanismo de Desenvolvimento Limpo é o meio efetivo que permite ao Brasil se adequar, voluntariamente, aos princípios e objetivos do Protocolo de Quioto, à medida que se cristaliza como a ferramenta responsável por grande parte das reduções brasileiras. Dessa forma, podemos concluir que o Protocolo de Quioto tem provocado reações nos países, mesmo naqueles que não têm compromissos de reduções como o Brasil, pois os atores privados estão adotando práticas mais sustentáveis para se beneficiarem dos incentivos positivos privados criados pelo Protocolo.

O Brasil está cumprindo a sua função de adotar novas condutas em razão do surgimento do tratado, alheio às incertezas e turbulências do cenário internacional do regime de Quioto. Essa realidade é a prova concisa da efetividade do Protocolo em solo brasileiro.

## Referências

AMBIENTE BRASIL. *Canadá começa a se afastar do Protocolo de Kyoto*. Notícia veiculada no sítio [www.ambientebrasil.com.br](http://www.ambientebrasil.com.br), em 05 de junho de 2006.

CALSING, Renata de Assis. Possibilidades e limites da efetividade do direito internacional ambiental: uma análise da CITES, Convenção da Basiléia e Protocolo de Quioto. Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título mestre do curso de mestrado em Direito das Relações Internacionais do Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2005.

\_\_\_\_\_. OS CONTRATOS DE MDL. Palestra proferida no seminário da Rede Latino Européia sobre o direito dos riscos: *Session de septembre 2006: Delocalisation, Pollutions, Responsabilite*. Realizado na Université de Limoges, França.

FRANGETTO, Flavia Witkowski e GAZANI, Flavio Rufino. Viabilização Jurídica do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) no Brasil. O Protocolo de Kyoto e a Cooperação Internacional. Brasília. DF: IIEB Instituto Internacional de Educação do Brasil. 2002.

FREITAS, MARCOS WILLIAN BEZERRA de. *Implementação do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) no Brasil. A natureza dos Contratos MDL*. Monografia apresentada como requisito para conclusão de curso de direito do Uniceub, 2005.

FURRIELA, Rachel Biderman. *Mudanças Climáticas Globais: Desafios e Oportunidades*. Artigo publicado no sítio: [www.ambientebrasil.com.br](http://www.ambientebrasil.com.br), acessado em 20 de maio de 2006.

MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA. *Status atual das Atividades de Projeto do MDL no Brasil e no Mundo*. Disponível em: <http://www.mct.gov.br>, acessado em 16 de agosto de 2006.

\_\_\_\_\_. *Um Guia para Iniciantes*. Texto disponível em: [www.mct.gov.br](http://www.mct.gov.br), acessado em 10 de maio de 2006.

NÚCLEO DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (NAE). *Mudança do Clima*. Cadernos NAE. Número 3/2005. Volume I.

\_\_\_\_\_. *Mudança do Clima*. Cadernos NAE. Número 04/2005. Vol II.

ROCHA, Marcelo T. *COP 11 e COP/MOP 1: o início do fim do Protocolo de Quioto?*. Artigo disponível no sítio: [www.ambientebrasil.com.br](http://www.ambientebrasil.com.br), acessado em 01 de junho de 2006.

RODRIGUES, SILVIO. Direito Civil. Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade. São Paulo: Saraiva, 2003. Vol 3, 29ª edição.

UNEP – UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMM. *Legal Issues Guidebook to the Clean Development Mechanism*. Roskilde, 2004.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Essencial Background*. Informação oficial do secretariado da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança de Clima disponível no sítio: [www.unfccc.org](http://www.unfccc.org), acessado em 23 de fevereiro de 2006.

\_\_\_\_\_. *Feeling the Heat* texto disponível no sítio: [www.unfccc.org](http://www.unfccc.org), acessado em 25 de fevereiro de 2006.

VENOSA, SILVIO DE SALVO. Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3ª ed., volume 2. São Paulo: Atlas, 2003.



# A Efetividade do Direito Internacional Ambiental

## Capítulo 11

### A BUSCA PELA EFETIVIDADE DAS NORMAS RELATIVAS A REPARTIÇÃO E UTILIZAÇÃO DOS CURSOS DE ÁGUAS INTERNACIONAIS

Alice Rocha da Silva e Júlia Motte-Baumvol

# A BUSCA PELA EFETIVIDADE DAS NORMAS RELATIVAS À REPARTIÇÃO E UTILIZAÇÃO DOS CURSOS DE ÁGUAS INTERNACIONAIS

Alice Rocha da Silva<sup>1</sup>  
Júlia Motte-Baumvol<sup>2</sup>

## 11.1 Introdução

Um curso de água pode ser definido como um grande rio (reconhecido pelo número de seus afluentes, a importância de seu fluxo, a extensão de seu curso)<sup>3</sup>. Tal definição contém em si mesma, de modo quase automático, um caráter internacional, pois os elementos presentes no parêntese dessa prevêm o encontro inevitável de várias soberanias territoriais. De fato, o curso de água internacional engloba as “águas da superfície localizadas no território de mais de um Estado, podendo compreender os afluentes situados sobre o território de mais de um Estado, e até mesmo canais laterais”<sup>4</sup>.

Independentemente da terminologia utilizada para definir tal espaço – “curso de águas internacionais”, “rio internacional” ou “bacia de drenagem internacional” – é possível constatar com facilidade que os conflitos relacionados à água, nesses espaços, são freqüentes, tendo em vista que um mesmo curso fluvial atravessa vários Estados “vizinhos, em amonte ou em aval” deixando estes dependentes daqueles para repartir e gerir o mesmo recurso natural.

Se, de um lado, os problemas relativos à navegação em rios internacionais foram amplamente resolvidos desde 1815, ano em que se deu o primeiro tratado sobre a matéria, estabelecendo um princípio geral de liberdade de tratamento, por outro lado, resta saber como dois Estados devem dividir e utilizar o recurso natural comum. Isso porque, se todo Estado é soberano em relação à água dentro de seu território<sup>5</sup>, deve ser esclarecido que essa soberania não é absoluta, sendo limitada pelas obrigações impostas pelo direito internacional<sup>6</sup>. Assim sendo, cabe a esse direito internacional a função de criar normas destinadas à repartição e à utilização industrial, agrícola ou

1 Doutoranda em Direito pela Université Aix-Marseille III, França.

2 Doutoranda em Direito Panthéon-Sorbonne Paris I, França.

3 Do original, « une grande rivière (remarquable par le nombre de ses affluents, l'importance de son débit, la longueur de son cours) » Le Petit Robert, Paris.

4 Do original, « les eaux de surface mouvantes localisées dans le territoire de plus d'un Etat et pouvant comprendre les affluents situés sur le territoire de plus d'un Etat, voire des canaux latéraux. » SALMON (J.), Dictionnaire de droit international public, BRUYLANT/AUF: Bruxelles, 2001, p.506. Esse mesmo dicionário ainda especifica que « la notion de fleuve international a beaucoup perdu de son importance dans le droit contemporain. Celui-ci donne la préférence aux concepts plus étendus de cours d'eau international et de bassin de drainage international, sauf lorsqu'il s'agit de frontières tracées dans des fleuves successifs ».

5 HIGGINS (R.), *Problems and Process : International law and how we use it*, Oxford, Oxford University Press, 1994, p.134

6 BROMS (B.), « Natural Resources, sovereignty over », in BERNHARDT (R.) (ed.), *Encyclopaedia of Public International Law*, volume III, 1997. p. 523.

humana desse recurso natural, possuindo uma implicância direta na determinação e na proteção da qualidade das águas comuns divididas.

Objetivando determinar como esse recurso natural será repartido e utilizado, tais normas internacionais são formuladas de modo abrangente, a partir da utilização de princípios nem sempre muito tangíveis, como razoabilidade e equidade. Associado a isso, tais dispositivos constituem-se alicerçados em termos sem precisão e com viés subjetivo como “substancial”. A imprecisão desses termos e princípios, assim como a amplitude de interpretação oferecida aos Estados, faz surgir uma série de conflitos de entendimentos entre os Estados que acarretam um enfraquecimento da efetividade dessas normas.

A proposta do presente estudo é, justamente, analisar instrumentos utilizados pelos Estados, aplicadores de tais normas internacionais, na busca por sua efetividade. Toma-se, para tanto, o pressuposto de que a utilização da via judicial com vistas ao esclarecimento do sentido dos dispositivos estabelecidos na norma não é o caminho mais recomendado, em relação à sua efetividade. Por isso, novos instrumentos são oferecidos como meios de alcance da chamada “eficácia social”<sup>7</sup> das normas relativas à utilização e à repartição dos cursos de águas internacionais.

Em um primeiro momento, serão determinadas as obrigações relativas à repartição e à utilização do curso de águas internacionais, demonstrando o fenômeno da proliferação do contencioso na busca de efetividade dessas normas. Para tanto, serão utilizadas diversas fontes do direito internacional, como as Regras de Helsinki (1966), adotadas pela Associação de Direito Internacional (*International Law Association*), as Declarações de Estocolmo (1972) e do Rio de Janeiro (1992) e a Convenção de Nova Iorque, de 1997, sobre a utilização dos rios internacionais (Convenção de 1997). Esta convenção, apesar de adotada quase de forma unânime pela Assembleia Geral das Nações Unidas, não está em vigor. Além dessas fontes, serão utilizados dois tratados bilaterais (o Tratado entre os Estados-Unidos e o México, de 3 de fevereiro de 1944, em relação ao Rio Grande, e os Acordos de *Charleville-Mézières*, de 26 de abril de 1994, sobre o rio *Escaut* e o rio *Meuse*), com o objetivo de mostrar a prática estatal contemporânea.

Em um segundo momento, serão avaliados os novos instrumentos utilizados na busca da efetividade das normas relativas à utilização e à repartição dos cursos de água internacionais. Esses novos instrumentos são tanto de caráter legal, como a utilização do princípio da cooperação para interpretação dos dispositivos normativos, quanto de

<sup>7</sup> O termo efetividade é entendido por alguns autores como “eficácia social”, tendo em vista que esta se dá quando ocorre o cumprimento de modo efetivo das normas legais por parte da sociedade, que, além de reconhecer as normas, as cumprem, momento em que os comandos e preceitos normativos, efetivamente, incidem na vida social. BARROSO, (L.). *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7ª ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 84.

caráter institucional, domínio em que serão analisadas as Comissões Internacionais.

Vale ressaltar que o conceito de efetividade utilizado neste estudo se caracteriza como a realidade do direito, demonstrada com base na coincidência entre o comportamento social e os modelos traçados pela norma jurídica<sup>8</sup>. Tal efetividade aproxima-se do conceito de eficácia, mas não se confunde com esta que, ocorrendo em um momento anterior, é a responsável por oferecer aptidão às normas para produzirem efeitos próprios, conferindo a elas as qualidades necessárias para serem aplicadas, exigidas e executadas<sup>9</sup>.

## **11.2 A falta de efetividade das normas materiais relativas à utilização dos cursos de água internacionais**

### **11.2.1 Apresentação das normas materiais**

A partir da leitura da doutrina e da jurisprudência em direito internacional, percebe-se que existem duas normas principais na matéria: primeiramente, a obrigação de utilizar os cursos de água internacionais de modo equitável e razoável; e, em segundo lugar, a obrigação de não causar dano significativo a esses cursos.

## **11.3 A utilização equitável e razoável dos cursos de águas internacionais**

Um conflito de usos dos cursos de águas internacionais ocorre quando o volume ou a qualidade dessas águas se apresenta de modo a não permitir a todos os Estados com território ao longo do curso a utilização plena da água, considerada razoável e útil. Diante desse conflito, resta o questionamento a respeito de como realizar a divisão ou repartição<sup>10</sup>, para uso, dessas águas. De acordo com a Comissão do Direito Internacional (CDI), “o princípio da igualdade soberana do Estado quer que qualquer Estado do curso de água tenha, sobre a utilização do curso de água, direitos qualitativamente iguais e correlativamente ligados aos dos outros Estados do curso de água”<sup>11</sup>. No entanto, não se deve concluir, com base nesse princípio, que cada Estado do curso de água tem direito a partes e vantagens iguais. Esse princípio, também, não implica que as águas devam ser divididas de modo idêntico<sup>12</sup>. O que deve ser compreendido é que cada

8 MELLO, (M.) *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. 3. ed., vol. I, São Paulo: Saraiva, 1999. p. 13-14.

9 BARROSO, (L.). Op. cit. p. 83.

10 Para o presente artigo, repartição e distribuição serão utilizados no mesmo sentido.

11 Do original, «*le principe de l'égalité souveraine de l'Etat veut que tout Etat du cours d'eau ait, sur l'utilisation du cours d'eau, des droits qualitativement égaux et corrélativement liés à ceux des autres Etats du cours d'eau*» Nations Unies, *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1994, vol II, 2<sup>ème</sup> partie, p.103.

12 HIGGINS (R.). Op. cit., p.134



Estado do curso de água tem o direito de utilizá-lo e de obter todas as vantagens de modo “equitável”<sup>13</sup>.

Nascida nos Estados Unidos, a partir das sentenças da Corte Suprema sobre os litígios interestatais do início do século XX, a doutrina da utilização equitável é amplamente usada como regra geral de direito aplicável à determinação dos direitos e das obrigações dos Estados<sup>14</sup>. Já em 1929, a Corte Permanente de Justiça Internacional, a propósito da navegação sobre o rio Oder, declarou que:

A comunidade de interesses sobre um rio navegável torna-se a base de uma comunidade de direito, da qual os traços essenciais são a perfeita igualdade dos Estados ribeirinhos no uso de todo o percurso do rio e a exclusão de todo privilégio de qualquer residente em relação aos outros<sup>15</sup>.

Com essa doutrina, surge o “princípio da utilização equitável e razoável”, erigido pela Convenção de Nova Iorque de 1997 como o princípio base da utilização dos cursos de águas internacionais. Isso está disposto de modo claro em seu artigo 5º, que determina que os Estados do curso de água devem usá-lo de maneira equitável e razoável. Em especial, o artigo dispõe que um curso de água internacional será utilizado e considerado na perspectiva de alcance de vantagens ótimas e compatíveis com as exigências de uma proteção adequada desse curso. Para isso, o artigo 6º dessa mesma Convenção indica como os Estados devem proceder, enunciando que:

A utilização equitável e razoável (...) implica na consideração de todos os fatores e circunstâncias pertinentes, principalmente: os fatores geográficos, hidrográficos (...), as necessidades econômicas e sociais (...) os efeitos da utilização sobre outros Estados do curso de água (...), etc.

No entanto, a própria CDI ressalta que:

Esta regra (artigo 6º), sendo necessariamente geral e flexível, exige para sua boa aplicação, que os Estados tenham em conta os fatores concretos e próprios ao curso de água internacionais de que trata, bem como as necessidades e utilizações dos Estados do curso de água interessados<sup>16</sup>.

13 Ibidem.

14 SETTE-CAMARA (J.), *Pollution of International Rivers, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1984, vol. III, p. 119.

15 Do original, «la communauté d'intérêts sur un fleuve navigable devient la base d'une communauté de droit, dont les traits essentiels sont la parfaite égalité de tous les Etats riverains dans l'usage de tout le parcours du fleuve et l'exclusion de tout le privilège d'un riverain quelconque par rapport aux autres» *Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder* (Tchécoslovaquie, Danemark, France, Allemagne, Royaume-Uni, Suède, Pologne), CPIJ, Série A, arrêt n° 23, p.27.

16 Do original, «L'utilisation équitable et raisonnable (...) implique la prise en considération de tous les facteurs et circonstances pertinents, notamment : les facteurs géographiques, hydrographiques (...), les besoins économiques et sociaux (...) les effets de l'utilisation sur d'autres Etats du cours d'eau (...), etc. E « Cette règle (de l'article 6) étant nécessairement générale et souple, sa bonne application exige que les Etats tiennent compte des facteurs concrets et propres au cours d'eau international dont il s'agit, ainsi que des besoins et des utilisations des Etats du cours d'eau intéressés» Nations Unies, *Annuaire de la Commission du Droit*

Além disso, a lista de fatores do artigo 6º a ser considerada tem um caráter indicativo e não limitativo. Isso se deve ao fato de que, de acordo com o CDI, “a extrema diversidade dos cursos de águas internacionais e as necessidades humanas às quais respondem proíbem de fato o estabelecimento de uma lista completa desses fatores que podem ser relevantes em cada caso”<sup>17</sup>.

Por outro lado, a segunda frase do § 1º do artigo 5º da Convenção, estipula que os Estados devem chegar a um resultado ótimo em matéria de utilização das vantagens. Isso significa que os Estados do curso de água buscam as maiores vantagens possíveis e agem de modo a conciliar suas necessidades ao mínimo de prejuízos<sup>18</sup>. A CDI indica que, para o alcance dessa situação ótima de utilização e de vantagens, deve ser levada em consideração, ainda, a compatibilidade com as exigências de uma proteção adequada do curso de água internacional<sup>19</sup>. Por meio dessas disposições, a Convenção de 1997 busca sublinhar o reconhecimento dos direitos das partes à utilização e às vantagens do curso de água internacional, direitos que são iguais no seu princípio e correlacionados em sua aplicação.

#### 11.4 A obrigação de não causar dano significativo ao curso de água internacional

A obrigação de não causar dano significativo ao curso de água internacional é subordinada ao princípio de utilização equitável e razoável e implica um dever de diligência da parte dos Estados.

A – Uma obrigação subordinada ao princípio da utilização equitável e razoável

A proteção e a preservação dos cursos de águas internacionais inscrevem-se no âmbito mais vasto da salvaguarda do meio ambiente global. O problema apresenta-se com maior profundidade em relação aos cursos de águas internacionais, frequentemente situados no centro de regiões muito povoadas, constituindo-se recursos indispensáveis à sobrevivência das populações ribeirinhas. Um dos problemas dessa utilização pelas populações à margem do rio é o aumento da salinização das águas causado pelas atividades de irrigação. Além disso, existe, ainda, a questão da exploração das águas pelos Estados situados na parte superior do curso para fins de produção de energia elétrica que pode, temporariamente, privar de água o Estado situado abaixo do curso (Estado de aval), sendo que este ao mesmo tempo pode causar inundações ao território

*International*, 1994, vol II, 2<sup>ème</sup> partie, p.107.

17 Do original, «l'extrême diversité des cours d'eau internationaux et des besoins humains auxquels ils répondent interdit en effet d'établir une liste complète de ces facteurs qui pourraient être pertinents dans chaque cas» Nations Unies, *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1994, vol II, 2<sup>ème</sup> partie, p.107.

18 CAFLISCH (L.). La convention du 21 mai 1997 sur l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. *Annuaire français de droit international*, 1997, p. 761.

19 Nations Unies, *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1994, vol II, 2<sup>ème</sup> partie, p.104.

daquele, caso proceda à retenção desse mesmo curso. Tais situações podem ainda prejudicar a fauna e a flora das regiões, assim como o próprio consumo humano do recurso<sup>20</sup>.

Tais situações podem ser administradas pela adoção da doutrina *Harmon* da soberania territorial absoluta, que permite a cada Estado do curso de água internacional utilizar a água compartilhada da maneira que achar conveniente. No entanto, paralelamente a esse direito da soberania absoluta, existe o direito do Estado de não sofrer prejuízos. De fato, todo Estado possui o direito de ter o seu território respeitado, não havendo razão para a deterioração de seu meio ambiente, em virtude de atos provenientes de outros Estados. O direito de preservação de seu próprio território não é menos absoluto do que o do Estado poluente de utilizar as águas que passam pelo seu território<sup>21</sup>. A partir desse entendimento, desenvolveu-se a prática contemporânea de acordo com a regra *sic utere tuo ut alienum non laedas* (utilize o teu de maneira a não causar um prejuízo ao outro).

Entretanto, se, de acordo com essa prática, não se deve causar prejuízo ao outro, deve ser considerado, em paralelo, que tal proibição não é absoluta. Em relação a isso, constata-se uma evolução desse princípio que pode ser ilustrado com a Declaração de Estocolmo de 1972 e a recente Convenção de Nova Iorque de 1997. De acordo com o princípio 21 da Declaração de Estocolmo, "Os Estados têm o direito soberano de explorar os seus próprios recursos (...) e têm o dever de fazer de modo que as atividades exercidas nos limites da sua jurisdição não causem prejuízo ao meio ambiente de outros Estados", ou seja, é proibida qualquer espécie de prejuízo causado por um Estado ao meio ambiente de outro Estado. Todavia, o artigo 7º da Convenção de Nova Iorque de 1997, adotado vinte anos após a Declaração de Estocolmo, modifica essa proibição geral. O artigo 7º dispõe que "os Estados do curso de água devem aplicar todas as diligências necessárias para utilizar o curso de água internacional de maneira a não causar prejuízos significativos aos outros Estados do curso de água".

Os Acordos de Charleville-Mézières, de 26 de Abril de 1994, seguem essa lógica. Vê-se, por exemplo, que, pelo artigo 3º § 2º, alínea "c" do acordo, as Partes são guiadas pelo "princípio de controle e redução (...) da poluição, em virtude do qual, as Partes Contratantes buscam aplicar as melhores tecnologias disponíveis e as melhores práticas governamentais em condições econômicas aceitáveis"<sup>22</sup>, ou o § 6º desse mesmo artigo que dispõe que as Partes protegem, "na medida do possível", a qualidade do ecossistema do Rio *Escaut*<sup>23</sup>.

20 CAFLISCH (L.), « Règles générales du droit des cours d'eaux internationaux », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1989, VII, p. 163.

21 KISS (A.), BEURIER (J-P.), *Droit International de l'Environnement*, Paris, Pedone, 2004, p. 235.

22 Acordos de Charleville-mézières do 26 de abril de 1994, artigo 3 § 2 'c', disponíveis em [www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/escaut.pdf](http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/escaut.pdf).

23 Acordos de Charleville-mézières do 26 de abril de 1994, artigo 3 § 6, disponíveis em [www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/escaut.pdf](http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/escaut.pdf).

Constata-se, então, que a proibição geral e absoluta de causar um prejuízo foi substituída pela expressão mais flexível do “**prejuízo significativo**”. Posto isso, a questão central sobre o assunto é, doravante, a do **equilíbrio entre a utilização equitável e razoável do curso de água e a possibilidade de causar um prejuízo a esse**. Deve ser ressaltado que, de fato, quando há um conflito de utilizações devido à quantidade ou à qualidade da água, nem todos os usos ditos razoáveis e vantajosos podem ser executados de modo pleno.

A flexibilização da obrigação de não causar danos leva a um resultado mais próximo do que seja uma utilização equitável dos recursos, indo além do tratamento do prejuízo transfronteiriço <sup>24</sup>. Por outro lado, a CDI afirma claramente que:

Os interesses dos Estados em causa devem ser tomados em consideração de maneira equitável de uns em relação aos outros. Trata-se de levar em consideração não somente o prejuízo causado no absoluto ao Estado vizinho, mas também a relação entre a vantagem adquirida por um e o prejuízo sofrido pelo outro<sup>25</sup>. (...) em certas circunstâncias, a utilização equitável e razoável de um curso de água internacional pode ainda causar prejuízos significativos a um outro Estado do curso de água. Geralmente, nestes casos, o princípio da utilização equitável e razoável é o critério determinante para a realização do equilíbrio entre os interesses em jogo<sup>26</sup>.

O posicionamento adotado pela CDI pode ser justificado pela dificuldade existente para a manutenção da vigência da regra de proibição de qualquer espécie de prejuízo. Tal regra pode servir aos Estados de aval como uma arma para paralisar os Estados da parte superior do curso, ainda que estes adotem uma utilização equitável e razoável da água. Além disso, qualquer utilização de água causa certo prejuízo, por conseguinte, uma proibição total mostra-se extremamente difícil na prática.

Sendo assim, é importante sublinhar, finalmente, que o artigo 7º da Convenção de 1997, visto como uma obrigação geral de aplicação de diligências para evitar danos significativos, deve ser aplicado em conjunto com a obrigação do artigo 20 dessa mesma Convenção, referente à “Proteção e preservação dos ecossistemas”. Essencialmente, essa obrigação de proteção impõe aos Estados que protejam os ecossistemas dos cursos de águas internacionais contra prejuízos ou danos, mesmo que se configurem apenas ameaças. Ressalta-se que, conforme verificado, só os prejuízos significativos à água são contrários às obrigações da Convenção.

## B – A obrigação de diligência para não causar danos significativos

De acordo com a CDI:

24 MACCAFREY (S.), *The Law of International Watercourses*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 355.

25 Nations Unies, *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1994, vol II, 2<sup>ème</sup> partie, p.110.

26 Nations Unies, *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1994, vol II, 2<sup>ème</sup> partie, p.108.

A obrigação que tem os Estados de tomarem medidas de prevenção ou redução ao mínimo de um risco de prejuízo transfronteiriço significativo é uma obrigação de diligência, que exige deles a adoção de certas medidas unilaterais. A obrigação imposta pelo presente artigo (artigo 7º da Convenção de 1997) não é uma obrigação de resultado. É o comportamento do Estado que determinará o cumprimento da obrigação que lhe incumbe em virtude dos presentes artigos<sup>27</sup>.

O § 1º do artigo 7º da Convenção de 1997 enuncia a obrigação geral que têm os Estados do curso de água de demonstrarem toda a diligência requerida para fazer uso da água internacional, de maneira a não causarem prejuízos significativos aos outros Estados do curso. A diligência requerida pode ser interpretada como “uma diligência proporcional à importância do assunto, dignidade e à força da potência que o exerce e ao cuidado que os governos têm costume de pôr nas matérias que se referem tanto à sua segurança como aos seus nacionais”<sup>28</sup>.

De acordo com a CDI, o Estado não pode garantir que a utilização do curso de água internacional não provocará prejuízo significativo. A diligência é, de fato, uma obrigação de comportamento, e não uma obrigação de resultado.

Ao Estado do curso de água cuja utilização causar um prejuízo significativo não pode ser atribuída uma violação de sua obrigação de exercer diligência requerida para não causar prejuízo significativo a não ser que, de modo intencional ou por negligência, ele não impediu outrem sobre seu território de causar este fato ou se absteve de o atenuar. Em consequência, o Estado poderá ser responsabilizado por não ter tomado as medidas legislativas requeridas, por não ter aplicado as leis, por não ter impedido ou feito parar uma atividade ilegal ou por não ter punido o responsável<sup>29</sup>.

Nesse mesmo sentido, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) acrescenta no caso “Estreito de Corfu”, que:

não se poderia concluir que o controle exercido por um Estado sobre o seu território terrestre ou sobre as suas águas territoriais é suficiente visto que este Estado pode não ter conhecimento sobre todos os fatos ilícitos perpetrados, assim como os autores dos mesmos. Em si, e

27 Do original, « *l'obligation qu'ont les Etats de prendre des mesures pour prévenir ou réduire au minimum un risque de dommage transfrontière significatif est une obligation de due diligence, exigeant d'eux qu'ils adoptent à cet effet certaines mesures unilatérales. L'obligation imposée par le présent article n'est pas une obligation de résultat. C'est le comportement de l'Etat qui déterminera s'il s'est acquitté de l'obligation qui lui incombe en vertu des présents articles* » Nations Unies, *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1995, vol II, 2<sup>ème</sup> partie, p.120.

28 Do original, « *une diligence proportionnelle à l'importance du sujet, à la dignité et à la force de la puissance qui l'exerce, et le soin que les gouvernements ont coutume de mettre dans les matières qui concernent tant leur sécurité que celle de leurs ressortissants* » Affaire Alabama (Etats-Unis c. Grande-Bretagne), sentence du 14 septembre 1872, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. II, Paris, Pedone, 1923, p.789 et 796.

29 Do original, « *... l'Etat du cours d'eau dont l'utilisation cause un dommage significatif ne peut être réputé avoir manqué à son obligation d'exercer la diligence requise pour ne pas causer des dommages significatifs que si, intentionnellement ou par négligence, il a causé le fait qui aurait dû être prévenu, ou si, intentionnellement ou par négligence, il n'a pas empêché autrui sur son territoire de causer ce fait ou s'est abstenu de l'atténuer. Par conséquent, l'Etat pourra être tenu responsable de n'avoir pas pris les mesures législatives voulues, de n'avoir pas fait appliquer les lois, de n'avoir pas empêché une activité illégale ou de n'y avoir pas mis fin ou de ne pas en avoir châtié le responsable* » Nations Unies, *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1994, vol II, 2<sup>ème</sup> partie, p.109.

independentemente de outras circunstâncias, este fato não justifica nem responsabiliza à primeira vista nem desloca o ônus da prova<sup>30</sup>.

Mas, numa outra situação, se, apesar do exercício de toda a aplicação requerida na utilização de um curso de água internacional, essa utilização causar prejuízos significativos a outros Estados, o § 2º do artigo 7º exige que, a menos que exista um acordo sobre isso, o Estado responsável deverá estabelecer consultas com os Estados do curso de água que tenham sofrido os referidos prejuízos.

Dessa forma, percebemos que devem ser analisadas, caso a caso, as diligências tomadas por um Estado frente ao prejuízo causado, a fim de se avaliar a responsabilização por esse, assim como as medidas a serem adotadas para minimizar os efeitos relativos aos demais.

### 11.5 A aplicação das normas materiais

Apresentadas as normas materiais, resta a análise de sua aplicação. Essa deve dar-se tanto a respeito da atuação dos Estados na interpretação dos dispositivos em seu uso normal dos cursos de águas internacionais, quanto da atuação do juiz, no momento em que é demandado para a determinação do real sentido de dispositivos e princípios muitas vezes abertos e provocadores de interpretações dúbias.

### 11.6 A atuação dos Estados na aplicação da norma: flexibilidade na interpretação

Em primeiro lugar, nota-se que a obrigação de utilização equitável e razoável representa um ponto de partida para as negociações entre os Estados que possuem conhecimento de que certas modalidades de distribuição não poderão ser instauradas. Assim, particularmente, a construção de obras de desvio ou de exploração da totalidade do recurso por uma delas será excluída *prima facie*. Isso explica por que a doutrina da soberania absoluta não foi invocada por nenhum Estado no momento das negociações da convenção de 1997.

Tal obrigação permite, por conseguinte, a imposição de uma conduta negativa, ao precisar como os Estados não podem pretender utilizar o recurso comum. De fato, o artigo 5º da Convenção de 1997 busca afastar as doutrinas absolutistas tradicionalmente invocadas, consagrando a todos, mesmo que de modo implícito, a doutrina da soberania limitada, que, ao mesmo tempo, não determina a repartição

30 Affaire du Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), 1949, *Recueil C.I.J.*, p. 18.



das águas de modo igual para todos os Estados que compõem a bacia. Anteriormente, os Estados da parte superior do curso de água internacional invocavam a doutrina da soberania territorial absoluta dita “doutrina *Harmon*” elaborada pelos Estados Unidos no século XIX. Segundo tal teoria, a água reside sob a soberania exclusiva do Estado sobre o qual passa. Tal tese favorecia os Estados situados no início do curso de água à medida que lhes permitia dispor livremente das águas do rio, sem consideração do efeito que sua utilização poderia ter sobre os demais Estados dispostos ao longo do curso. Essa doutrina é conhecida, também, como “doutrina da primeira utilização” (ou doutrina de *first in time, first in right*), que já tinha sido invocada na década de 1890 pelo México, no conflito com os Estados Unidos sobre o Rio Grande.<sup>31</sup> Como o seu nome indica, essa teoria concede um direito prioritário de utilização das águas ao Estado que explorou e valorizou o recurso em primeiro. Entretanto, muito mais favorável aos Estados de aval é a “doutrina da integridade territorial absoluta”. Em virtude desta última, os Estados da parte superior têm o direito de utilizar as águas que passam sobre o seu território apenas na condição de não prejudicarem a quantidade e a qualidade da água que passa no território do Estado de aval.

Se essas teorias têm apenas um valor teórico, elas revelam, contudo, as tensões que resultam da existência de um recurso comum. Mais especificamente no âmbito da Convenção de 1997, verifica-se que não favoreceu nenhuma das doutrinas expostas. Assim sendo, uma solução sobre a divisão da água parece assim possível apenas na condição de se chegar à elaboração de uma solução mediana, baseada numa concepção mais econômica que territorial do recurso aquático. O que se percebe é que a noção de “distribuição equitável e razoável” tem o mérito de afastar certas modalidades de distribuição, mas deixa, ainda, aos Estados uma liberdade de apreciação muito ampla.

Tal amplitude de apreciação resulta na consideração dessas obrigações como flexíveis, no sentido de que a obrigação de utilização equitável é necessariamente maleável, dado que a distribuição é equitável apenas em um momento “m”. Podendo vir a ser inequitável em um segundo momento “m+1”. Dessa forma, conclui-se que os acordos de repartição de águas internacionais comuns não podem pretender dispor de modo rígido a distribuição da água entre as partes, à maneira dos tratados que são concluídos em outros domínios, pelos quais as cláusulas podem ser revistas apenas no caso de mudança fundamental de circunstâncias<sup>32</sup>. As convenções bilaterais e multilaterais que serão concluídas no futuro deverão, desse modo, obedecer ao sistema estabelecido pela Convenção de 1997 e incluir disposições flexíveis de repartição de

31 Documentação referente ao caso “Rio Grande”, envolvendo Estados Unidos e México. Disponível em: <http://www.internationalwaterlaw.org/>.

32 Artigo 62 da Convenção de Viena de 1969 sobre o direito dos tratados: “(Mudança Fundamental de Circunstâncias) 1. Uma mudança fundamental de circunstâncias, ocorrida em relação às existentes no momento da conclusão de um tratado, e não prevista pelas partes, não pode ser invocada como causa para extinguir um tratado ou dele retirar-se, salvo se: a) a existência dessas circunstâncias tiver constituído uma condição essencial do consentimento das partes em obrigarem-se pelo tratado; e b) essa mudança tiver por efeito a modificação radical do alcance das obrigações ainda pendentes de cumprimento em virtude do tratado”.



águas ou formular cláusulas de revisão da repartição inicialmente acordada.

Em segundo lugar, indica-se que, mesmo se o artigo 6º da Convenção de 1997 visa a trazer precisões quanto aos critérios que devam ser considerados para uma divisão equitável do recurso, esses se mostram insuficientes. O problema reside no fato de que tais critérios podem ser interpretados pelos Estados de modo a opor seus interesses igualmente legítimos e de mesmo valor jurídico, trazendo, por consequência, choques de interpretações. Exemplo disso foi a repartição do curso de água do Rio Grande, em que se observou que, com base em critérios diferentes, os Estados Unidos e o México, no momento do litígio ocorrido no fim do século XIX, reclamaram ambos a parte mais importante do recurso comum. O México justificou o seu direito de utilização do recurso com base na utilização anterior que tivesse feito da água ou na sua necessidade econômica, ao passo que os Estados Unidos justificaram, do seu lado, os critérios geográfico e natural. Considerar todos esses fatores sem estabelecer uma hierarquia entre cada interpretação legítima da obrigação principal leva à impossibilidade de uma solução realista para disputas que envolvam águas internacionais<sup>33</sup>.

Com efeito, em cada caso a interpretação dos princípios pode ser feita pelas partes de maneira unilateral. No entanto, isso traz consequências nefastas para a aplicação desses princípios. Com efeito,

Uma regra única pode ser esquartejada entre as várias interpretações, de igual valor jurídico e igualmente presumidas conforme esta regra. Esta concorrência é virtualmente produtora de desordem e incoerência do sistema jurídico internacional. Cada um é assim juiz da sua própria causa, com as consequências de ordem unilateral que podem resultar<sup>34</sup>.

Diante desse conflito de interpretações, possuindo todas o mesmo valor e muitas vezes conflitantes pela diversidade de interesses em jogo, surge a figura do juiz, como mediador desses conflitos, sendo ele fundamental na aplicação dos princípios de utilização das águas dos rios internacionais, a fim de produzir a efetividade necessária para a legitimação e o respeito de tais conflitos.

### **11.7 A atuação do juiz na aplicação das normas: a proliferação do contencioso pela busca da efetividade**

Diante da problemática da flexibilização das normas orientadoras da repartição das águas internacionais, surge a necessidade de uma entidade capaz de mensurar o

<sup>33</sup> Do original « *consideration of all these factors without a method of gauging their relative importance cannot provide conclusive and realistic solutions to disputes over international waters* » WENIG (J.), "Water and Peace: the Past, the Present and the Future of the Jordan River Watercourse: an International Analysis", *New York Journal of International Law and Politics*, 1995 (27), p. 348.

<sup>34</sup> COMBACAU (J.), *Droit international public*, Monchrestien, Paris, 6<sup>ème</sup> édition, 2004, p.171.

real sentido dos dispositivos, assim como a relevância que se deve atribuir aos fatores ou critérios envolvidos.

Uma vez a obrigação posta pela Convenção de 1997 ou pela repartição efetuada por intermédio de uma convenção negociada pelas partes, o diferendo eventual que pode nascer, no momento da aplicação da obrigação, deverá ser resolvido pelo juiz à luz não somente do princípio da distribuição e utilização equitável e razoável do curso de água internacional, mas, também, à luz do princípio de não causar prejuízos significativos ao curso de água. As partes podem, portanto, como os estados federados dos Estados Unidos<sup>35</sup> o fazem há muito tempo, diante dos juízes de seu estado, contestar a construção de obra ou de outras medidas aplicadas sobre o curso de água por outros estados, caso isso as prive do benefício de utilização equitável e razoável do recurso comum. Distante de serem rígidas e exaustivas de repartição, conforme verificado, essas obrigações são instrumentos importantes para o juiz que, desde a apreciação, poderá então afastar as utilizações não-equitáveis.

Assim sendo, é na jurisprudência internacional que as obrigações de utilização equitável e razoável e utilização não-prejudicial do território ganham sentido. Com efeito, aos atos unilaterais estatais de repartição e de uso das águas são impostas certas limitações sob pena de verem seus atos punidos por uma jurisdição internacional. Nesse sentido, percebe-se que as obrigações da Convenção são úteis ao juiz, como pontos de partida para a determinação da forma, segundo a qual, os Estados não podem proceder. Ou seja, em certa medida, constitui-se uma definição negativa do âmbito de aplicação da utilização equitável e razoável.

Pela leitura das decisões, pode-se depreender que os Estados não podem, em nome da divisão equitável e razoável, assegurar um controle exclusivo do curso de água (em especial quando uma convenção confia a gestão do curso de água a um outro Estado ribeirinho)<sup>36</sup> ou efetuar trabalhos que privam o outro Estado de uma parte importante das águas sem o seu consentimento<sup>37</sup>.

Mais precisamente, no caso da "Fundição de Trail", envolvendo os Estados Unidos e o Canadá, o Tribunal arbitral não proibiu, simplesmente, a fundição canadense de conduzir novas operações, pois, de fato, ela procedeu com um exame do equilíbrio entre os interesses da indústria canadense e a comunidade agrícola americana. O Tribunal levou em consideração a vontade das partes de chegar a uma solução equitável, interpretada como sendo uma solução que permitia a continuação das operações da fundição, mas impôs restrições e limitações para as operações da indústria canadense, que, na medida do possível, preveniriam os prejuízos causados aos Estados Unidos.

<sup>35</sup> Ver, mais precisamente: *New Jersey v. New York*, Suprema Corte dos Estados-Unidos, 1931, 283 US 336 ; *Nebraska c. Wyoming*, Suprema Corte dos Estados-Unidos, 1945, 325 US 589.

<sup>36</sup> Projeto Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquia), 1997, Rec. C.I.J.

<sup>37</sup> Sentença do Tribunal arbitral sobre a Utilização das águas do Lago Lanoux, (França c. Espanha), 1957; sentença disponível em R.G.D.I.P., 1958.

No referente à noção de “equitável”, a C.I.J. estatuiu, em matéria de delimitação da plataforma continental, que a eqüidade não implicava, necessariamente, igualdade e que não havia limites jurídicos para as considerações que os Estados têm a capacidade de examinar, com a finalidade de se certificarem da aplicação de critérios eqüitativos. O recomendável é o balanço entre todas as considerações relevantes ao contexto, e não a criação de um critério anterior que exclua todas as demais considerações. Dessa forma, podem ocorrer – e, efetivamente, ocorrem – vários problemas de equilíbrio na mensuração dessas considerações, que variam de acordo com cada caso<sup>38</sup>. De acordo com a C.I.J., “o que é equitável e razoável num caso dado depende necessariamente das circunstâncias”<sup>39</sup>.

No que concerne à obrigação de não causar prejuízo significativo, no mesmo caso da Fundição de Trail de 11 de Maio de 1941, foi entendido que:

De acordo com os princípios do direito internacional assim como de acordo com o direito dos Estados Unidos, nenhum Estado tem o direito de utilizar o seu território ou de permitir a utilização de maneira a causar, pela emissão dos fumaça, um prejuízo ao território de um outro Estado, ou à propriedade ou às pessoas que se encontram, caso ocasionem conseqüências sérias e se os prejuízos forem estabelecido por provas claras e convincentes<sup>40</sup>.

Pouco depois da sentença da Fundição de Trail, a C.I.J. seguiu a mesma linha de pensamento no caso do Estreito de Corfu de 1949. No entendimento desse Tribunal, “estas obrigações são fundadas (...) sob certos princípios gerais e bem reconhecidos, como (...) a obrigação, para qualquer Estado, de não deixar utilizar o seu território para os fins de atos contrários aos direitos dos outros Estados”<sup>41</sup>. Neste último caso, não se abordou o tema da repartição dos rios internacionais, mas é relevante para demonstrar que o direito de um Estado de utilizar o seu território não é absoluto, estando ligado aos dos demais Estados.

Enfim, em todos os casos analisados, verifica-se que o tribunal admite, sob a forma de um *obiter dictum*, que há uma regra de direito internacional que proíbe aos Estados de um curso de água internacional poluírem esse recurso, pois isso pode prejudicar os demais Estados pelos quais o curso de água passa <sup>42</sup>.

No caso “Gabcikovo-Nagymaros”, a investigação do equilíbrio mostra-se inicialmente fundamental para o C.I.J., visto que a Corte entendeu que:

38 Plateau continental de la mer du Nord, (République fédérale de l’Allemagne c. Danemark ; République Fédérale de l’Allemagne c. Pays-Bas), 1969, Recueil C.I.J., paragraphe 93.

39 Plateau continental (Tunisie c. Jamahiriya arabe lybienne), 1982, Recueil C.I.J., paragraphe 72.

40 Sentence arbitrale de la Fonderie de Trail (Etats-Unis c. Canada), 11 mai 1941, RIAA 1907, II, p.165.

41 Affaire du Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), 1949, Recueil C.I.J., p.22.

42 CAFLISCH (L.), « Règles générales du droit des cours d’eaux internationaux », *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, 1989, VII, p.166.

O desenvolvimento moderno do direito internacional reforçou este princípio (do equilíbrio da utilização) igualmente para as utilizações dos cursos de águas internacionais para fins que vão além da navegação como atestado pela Convenção de 1997. Posto isto, o Tribunal considerou que, (...) a Tchecoslováquia, tomando unilateralmente o controle de um recurso compartilhado, e privando assim a Hungria do seu direito a uma parte equitável e razoável dos recursos naturais do Danúbio (...) não respeitou o direito internacional<sup>43</sup>.

Contudo, nesse caso, a Corte aparenta ter ido além, visto que considerou que a obrigação geral que têm os Estados de velar para que as atividades exercidas nos limites de sua jurisdição ou sob o seu controle respeitem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas que não pertencem a nenhum órgão jurisdicional nacional faz agora parte do corpo de regras do direito internacional do meio ambiente<sup>44</sup>.

Além disso,

as partes (...) devem encontrar em comum acordo uma solução que leve em consideração o objetivo do tratado - que deve ser atingido de modo conjunto e integrado - assim como as normas de direito internacional ambiental e princípios de direito relativo ao curso de água internacional.

A Corte afirma ainda que:

O restabelecimento do regime conjunto refletirá também de maneira ótima o conceito de uma utilização conjunta dos recursos de água compartilhados para atingir os diferentes objetivos mencionados no tratado e, em conformidade com o § 2º do artigo 5º da Convenção sobre o direito relativo às utilizações dos CURSOS DE ÁGUAS INTERNACIONAIS para fins além da navegação<sup>45</sup>.

Enfim, pela apresentação das normas de direito material e pela aplicação das normas pelos Estados e pelo juiz, pode-se constatar que as obrigações materiais postas pelo direito internacional geral permitem certamente afastar qualquer utilização de argumentos que invoquem a soberania absoluta dos Estados na utilização dos cursos de águas internacionais. Entretanto, a repartição equitável e razoável destas águas e o uso de modo a evitar prejuízos substanciais aos demais Estados resta sem uma definição precisa, mesmo existindo o papel do juiz como mediador e definidor desses critérios. Vale ressaltar que a utilização do órgão judicial para a composição do conflito deve ser feita em último caso, mas percebe-se que o recurso a esse órgão tem sido cada vez mais corrente. Associado a isso, existe a possibilidade de que as partes tomem consciência desses elementos somente no momento da intervenção do juiz, podendo esse momento já ser tarde, tendo em vista que um mal uso da água, pode implicar perdas irreparáveis.

43 Projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), 1997, Recueil C.I.J., p. 56 paragraphe 85.

44 Projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), 1997, Recueil C.I.J., p.41, par. 53.

45 Projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), 1997, Recueil C.I.J., p.55, par. 147.

Diante da margem de interpretação dessas normas materiais, que, conforme se demonstrou, trazem, por consequência, a proliferação do recurso às vias judiciais e o risco de uma má utilização irreparável, a Convenção de 1997 desenvolveu a noção de cooperação. Esta oferece às partes os meios para administrarem esse recurso comum, interpretando as normas materiais sem a necessária intervenção de um terceiro. Isso reforça a efetividade de tais dispositivos, principalmente, porque, pelo princípio da cooperação, os riscos de um mau uso, assim como um entendimento do que é uma repartição equitável e razoável, podem ser melhor mensurados pelos próprios Estados. A cooperação, nesse sentido, deixa ao juiz um papel secundário, que é útil somente nas situações em que essa cooperação não for possível pelo peso dos interesses em jogo.

## **11.8 Instrumentos utilizados para o alcance da efetividade das normas relativas à utilização dos cursos de água internacionais**

### **11.8.1 A busca da efetividade das normas a partir do princípio da cooperação**

#### **11.8.1.1 A busca da efetividade das normas materiais**

Conforme verificado na primeira parte deste estudo, as normas materiais relativas à utilização e à repartição das águas internacionais são ineficazes. Isto porque a abertura oferecida aos Estados, em relação à interpretação e aplicação dos dispositivos, implica contradições que levam ao enfraquecimento da efetividade desses dispositivos. A solução para esse problema é o estabelecimento do juiz enquanto mediador. Entretanto, novas problemáticas surgiram com a proliferação dos conflitos e a utilização da via judicial no lugar de soluções negociadas, considerando-se que, no meio internacional, soluções pacíficas são sempre preferíveis a conflitos judiciais.

A imprecisão dos termos e dos princípios relacionados ao tema pode acarretar a ausência de efetividade dos dispositivos, que, por sua vez, representa um perigo para todo o sistema normativo relacionado, sendo necessária a utilização de novos instrumentos para que essa efetividade não seja totalmente perdida e todo o sistema, enterrado.

## **11.9 A possibilidade das normas materiais não serem efetivas**

A falta de efetividade das normas referentes aos cursos de águas internacionais implica um risco de falência de todo o sistema regulador desse recurso natural, gerando uma utilização ilimitada e um conflito generalizado quanto à sua repartição. Isso acarreta

prejuízos irreparáveis a todo curso de águas e ao ecossistema a ele relacionado.

Observando-se a análise das normas feita na primeira parte deste estudo, constata-se que, no caso do direito da utilização dos cursos de águas internacionais, o legislador construiu os dispositivos com base em termos e princípios imprecisos, prevendo, desse modo, a dificuldade de sua aplicação. Assim sendo, o legislador inseriu, expressamente, no próprio sistema, a importância e o papel do princípio da cooperação como forma de amenizar as imprecisões, conforme será verificado mais adiante.

Entretanto, a falta de efetividade das normas relativas a um determinado curso de água representa, ao mesmo tempo, um perigo para todo o ecossistema que o circunda, para sua qualidade e para a população que habita suas margens. Logo, percebe-se que os governos devem estar interessados na busca pela maior efetividade de tais regramentos, visto que isso amenizará o perigo de perdas dos agentes diretamente ou indiretamente ligados ao curso.

### 11.10 Efetividade pela precaução

Diante da evidência da possível falta de efetividade de todo o aparato jurídico que regula a utilização e a repartição dos cursos de águas internacionais, em razão do emprego de termos e de princípios vagos e imprecisos, constata-se que o próprio legislador estabeleceu mecanismos de precaução contra essa situação.

Isso porque se verifica que, caso o sistema se mostre, constantemente, ineficiente, pode vir a perder o respeito e a legitimidade no contexto internacional, o que, possivelmente, transformará essa ausência de efetividade em um fenômeno irreparável. Sendo assim, antes de todo o sistema tornar-se desacreditado em virtude da falta de efetividade de seus termos e princípios, necessitando de mecanismos de reparação como novos acordos e, mesmo, emendas, o legislador definiu o princípio da cooperação como uma espécie de princípio da precaução para o sistema legal regulador dos cursos de águas internacionais.

O princípio da precaução pode ser entendido como aquele utilizado em situações nas quais a falta de certeza não deve ser posta como obstáculo para a adoção ou demora na adoção de medidas preventivas<sup>46</sup>. Vale ressaltar que esse é um princípio correntemente utilizado no âmbito do direito ambiental, sendo expressamente previsto na Declaração do Rio sobre o meio ambiente e desenvolvimento, de 1992:

Para proteger o meio ambiente, medidas de precaução devem ser amplamente aplicadas pelos Estados segundo sua capacidade. Em caso

46 SALMON (J.), Dictionnaire de droit international public, BRUYLANT/AUF: Bruxelles, 2001, p. 865.



de risco de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para retardar a adoção de medidas efetivas visando prevenir a degradação do meio ambiente<sup>47</sup>.

Dessa forma, transferindo a essência desse princípio para a atuação do legislador nas normas referentes aos cursos de águas internacionais, compreende-se que o princípio da precaução foi o ponto de partida para o princípio da cooperação funcionar como base de efetividade para os demais dispositivos. Entretanto, conforme será verificado, esse princípio da cooperação necessita de um instrumento para ser aplicado, papel exercido pelas Comissões Internacionais, tema da próxima seção.

### 11.11 O princípio da cooperação

Como um princípio necessário para a gestão da possível falta de efetividade das normas materiais relativas aos cursos de águas internacionais, a obrigação de cooperar tem sentido em direito internacional apenas se for cercada por obrigações específicas como informar e notificar os demais Estados desse curso. Nota-se que essa obrigação ganhou importância essencial, principalmente no funcionamento das Comissões de gestão dos cursos de águas internacionais. Tais comissões devem o seu sucesso ao fato de que são elaboradas e geridas pelos principais interessados na repartição e na utilização desse recurso, ou seja, os próprios Estados.

### 11.12 Uma obrigação geral de cooperar cercada das obrigações auxiliares

A cooperação entre os Estados é fundamental para uma boa utilização e gestão dos cursos de águas internacionais. Na decisão sobre o Lago *Lanoux*, a Corte afirmou que os Estados, atualmente, já têm consciência da importância dos interesses contraditórios prejudiciais à utilização industrial dos rios internacionais, assim como, da necessidade de conciliarem-se por meio de concessões mútuas. Eles entendem, também, que o único modo de conduzir e conciliar interesses reside no estabelecimento de acordos, sobre uma base cada vez mais compreensiva. Dessa forma, a prática internacional demonstra a convicção de que os Estados devem buscar concluir tais acordos<sup>48</sup>.

A C.I.J. seguiu essa lógica e, em 1974, no caso da "Competência em matéria das pescarias", deliberou sobre a obrigação de negociar, afirmando que "o método

<sup>47</sup> Princípio nº 15 da Declaração do Rio sobre o meio ambiente e desenvolvimento de 14 de junho de 1992.

<sup>48</sup> Sentença do Tribunal Arbitral, caso *Lago Lanoux*, (França c. Espanha), 16 de novembro de 1957, parágrafo 11. Sentença disponível na *R.G.D.I.P.*, 1958, p.79 e seguintes.



mais próprio de resolver o diferendo é obviamente o da negociação". O seu objetivo deve ser o de limitar os direitos e os interesses das partes. A obrigação de negociar decorre, por conseguinte, da natureza dos direitos respectivos das partes e corresponde aos princípios e às disposições da Carta das Nações Unidas, relativos ao regulamento pacífico dos diferendos. A tarefa das partes será, então, a de conduzir suas negociações num espírito tal que cada uma deva, de boa fé, ter em conta, razoavelmente, os direitos do outro, dos tratamentos da situação local, tomando em considerações os interesses de outros Estados que têm direitos estabelecidos<sup>49</sup>. A recente decisão *Gabcikovo-Nagymaros* é ainda mais explícita quanto ao dever de cooperar, pois, segundo a Corte, as medidas destinadas a atenuar os problemas do Danúbio "só poderiam ser tomadas no âmbito de uma cooperação internacional"<sup>50</sup>.

A importância da cooperação para a utilização dos cursos de águas internacionais e de outros recursos naturais comuns foi diversas vezes sublinhada em declarações ou resoluções adotadas por organizações internacionais, conferências e reuniões intergovernamentais. Ressalta-se a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados (Resolução 3281 XXIX da Assembléia geral), que, no seu preâmbulo, dispõe que "no exercício da sua soberania sobre os seus recursos naturais, os Estados devem esforçar-se, através de uma cooperação bilateral e multilateral eficaz ou de mecanismos regionais, para a proteção e melhoria do meio ambiente", no mesmo sentido do disposto no princípio 24 da Declaração de Estocolmo de 1972. As Resoluções 2995 XXVII (sobre a cooperação entre os Estados no domínio do meio ambiente) e 3129 XXVIII (sobre a cooperação no domínio do meio ambiente em matéria de recursos naturais compartilhados por dois ou vários Estados) seguem essa mesma linha de pensamento.

De modo mais específico, a utilização da obrigação de cooperar pode ser percebida, em relação aos cursos de águas internacionais, a partir de 1944, no tratado entre os Estados Unidos e o México sobre a utilização do Rio Grande<sup>51</sup>. Todavia, essa obrigação de cooperar mostra-se mais direta em tratados recentes como nos Acordos *Charleville-Mézières* de 1994 sobre a utilização do rio *Meuse*, que dispõem, no artigo 2º § 1º, que "os signatários (...) comprometem-se a cooperar a fim de preservar e melhorar a qualidade do rio *Escaut* e *Meuse*"<sup>52</sup>.

Mas foi a Convenção de Nova Iorque de 1997 que erigiu, explicitamente, a obrigação de cooperar como princípio geral da utilização dos cursos de águas internacionais. A obrigação de cooperar mostra-se, com efeito, fundamental, se os

49 Compétence en matière des pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), fond, 1974, Recueil C.I.J., p. 31 à 33, § 73, 75 et 78.

50 Do original, « ne pouvaient être prises que dans le cadre d'une coopération internationale ». Projet *Gabcikovo-Nagymaros* (Hongrie/Slovaquie), 1997, Recueil C.I.J., p. 18-19, paragraphe 17.

51 Tratado entre os Estados Unidos e o México sobre o Rio Grande, 3 de fevereiro de 1944, artigo 2, disponível em [www.ibwc.state.gov/Files/1944Treaty.pdf](http://www.ibwc.state.gov/Files/1944Treaty.pdf)

52 Acordos de Charleville-mézières do 26 de abril de 1994, artigo 2 § 1, disponíveis em [www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/escaut.pdf](http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/escaut.pdf)

Estados querem realizar uma utilização equitável das águas, assegurando vantagens a todos, além de uma boa aplicação das regras de procedimento estabelecidas.

### 11.13 A aplicação do princípio da cooperação

A obrigação de cooperar não deve ser entendida como uma obrigação abstrata, devendo ser estudada na prática internacional<sup>53</sup>, visto que, de um princípio geral de cooperação, advêm obrigações precisas para os Estados.

Não se estabelecerá, no âmbito deste estudo, uma lista exaustiva sobre essas obrigações secundárias, mas serão apresentadas algumas consideradas como principais. Assim sendo, no que diz respeito à Convenção de 1997, esta, em seu artigo 3, permite aos Estados concluírem acordos sobre os cursos de água, devendo ser aplicadas as disposições do tratado relativas às utilizações e às características específicas de tais cursos. O artigo 5º da mesma Convenção afirma que a utilização equitável e razoável comporta, ao mesmo tempo, o direito de utilizar o curso de água e o dever de cooperar à sua proteção e valorização. Nos termos do artigo 8º, “os Estados do curso de água cooperam com base na igualdade soberana, da integridade territorial e a vantagem mútua para chegar à utilização ótima e à proteção adequada do curso de água internacional”.

Associado a isso, o artigo 9º da Convenção de 1997 afirma que esse princípio geral de cooperar é a base da troca regular de dados e de informações, essencial para assegurar uma utilização equitável e razoável de um curso de água internacional. Com efeito, as informações regulares são essenciais para que os Estados estejam de acordo com as demais obrigações previstas, principalmente, nos artigos 4º, 5º e 6º da Convenção. Por outro lado, o artigo 11 enuncia uma obrigação geral dirigida aos Estados do curso de água: esses devem comunicar uns aos outros informações relativas aos efeitos eventuais sobre o estado do curso de água internacional e medidas que pretendem colocar em prática. A prática estatal segue essa obrigação de informação, principalmente nos recentes Acordos *Charleville-Mézières*, que, no artigo 4º sobre a qualidade do fundo do curso de água, indicam que os signatários, com o propósito da proteção do rio, dispõem informações recíprocas a respeito de sua política relacionada à gestão dos sedimentos<sup>54</sup>.

Além disso, o artigo 12º da Convenção de 1997 impõe a obrigação de notificar medidas projetadas e que podem causar um efeito negativo sobre o curso de água

53 MACCAFREY (S.), *The Law of International Watercourses*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 398.

54 Acordos de Charleville-mézières do 26 de abril de 1994, artigo 4 § 1, disponíveis em: [www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/escaut.pdf](http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/escaut.pdf).

internacional. A CDI, nos trabalhos preparatórios da Convenção de 1997, justifica essa obrigação secundária, afirmando que esse princípio de notificação está previsto em diversos acordos internacionais, decisões de Cortes e tribunais internacionais, declaração e resoluções, conferências e “reuniões”, e oferecendo diversos exemplos desta prática<sup>55</sup>. Com efeito, a obrigação de notificação mostra-se essencial pelo fato de parecer ser insuficiente, para resolver conflitos sobre os cursos de água, a simples apresentação de “uma lista de critérios para a aplicação unilateral por parte dos Estados interessados”<sup>56</sup>. Com efeito, o conflito pode ser evitado por meio da negociação e do compartilhamento das informações. Para tanto, é importante sublinhar que o texto do CDI requer a distribuição de todos os tipos de informação técnica, assim como dos planos intencionados pelos Estados.

Já o artigo 20 da Convenção de 1997, reconhece que, em certos casos, é indispensável e, até mesmo, adequado que os Estados do curso de água cooperem entre si, sob uma base equitável, visando à proteção e à preservação dos ecossistemas dos cursos de águas internacionais. Nesse mesmo sentido, dispõe a CDI, afirmando que as “medidas devem ser tomadas conjuntamente e em cooperação quando cabíveis e que devem possuir uma base equitável” e que “o que constitui medidas concebidas sobre uma base equitável variará evidentemente em função das circunstâncias”<sup>57</sup>.

## 11.14 A instrumentalização para o alcance da efetividade das normas materiais

### 11.14.1 A importância da instrumentalização

Verificada a possibilidade de uma falta de efetividade das normas aplicadas à utilização das águas internacionais, constatou-se que o princípio da cooperação pode servir aos Estados como uma base sob a qual eles interpretam tais normas, reforçando a efetividade das mesmas. Todavia, mesmo sendo o princípio da cooperação um importante elemento para o alcance da efetividade, deve ocorrer um trabalho de instrumentalização para que os Estados ajam em conjunto na busca pelo real sentido dos dispositivos e da gestão ótima dos cursos de águas internacionais.

55 Nations Unies, *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1994, vol II, 2<sup>ème</sup> partie, p.118. A título de exemplo, a CDI cita o estatuto do Rio Uruguai de 1975, adotado pelo Uruguai e pela Argentina ; o regime convencional que rege o rio Niger ; XXXXle régime conventionnel régissant le fleuve Niger ; le traité du 19 novembre 1973 entre l'Argentin et l'Uruguay relatif au Rio de la Plata et à son front maritime ; la décision arbitrale Lac Lanoux de 1951 ; la Déclaration de Montevideo adoptée dans la septième Conférence internationale des Etats américains ; les Règles de Helsinki ; les articles sur la « Régulation du débit d'eau internationaux » ; les « Règles sur la pollution des eaux d'un bassin de drainage international », adoptées par l'ILA en 1982. De plus, la CDI tient à souligner que « la liste ci-dessus des sources n'est pas exhaustive, mais elle suffit à montrer quelle importance les Etats et les organes d'experts attachent au principe de la notification préalable des mesures projetées.

56 HIGGINS (R.), *Problems and Process : International law and how we use it*, Oxford, Oxford University Press, 1994, p.134.

57 Nations Unies, *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1994, vol II, 2<sup>ème</sup> partie, p.124.

Pelo estudo das normas materiais, nota-se que o ponto mais crucial para o fortalecimento de sua efetividade é sua interpretação. Isso pode ser confirmado, pelo recurso crescente às vias judiciais, na busca do real sentido dos dispositivos. Afinal, não basta apenas receber e buscar a decodificação do dispositivo criado pelo legislador, deve haver um ente com legitimidade para mensurar cada elemento. Além disso, no trabalho de interpretação, devem ser levados em consideração os riscos potenciais da falta de efetividade da norma, visto que isso implica em falência de todo o sistema. Nesse ponto, compreende-se o importante papel desse instrumento organizacional com poderes para adotar linhas de interpretação que podem repercutir em todos os campos envolvidos, indo desde o jurídico até o econômico, o político e o social<sup>58</sup>.

Na busca por essa instrumentalização, comitês, conselhos de participação, conferências e consultas são as instituições mais utilizadas em suas diversas formas de atuação. Tais órgãos são responsáveis pela verificação das normas materiais em si, devendo zelar por sua efetividade, ou seja, oferecer interpretações que amenizem os efeitos adversos de um mal entendido em relação a algum termo ou dispositivo. Verificando-se a amplitude da criação legal, a instrumentalização oferecida para o alcance da efetividade de tais normas possibilitará um trabalho de avaliação e de busca pelo real sentido. Além disso, a interpretação feita por tais órgãos vinculará todos os agentes a ele relacionados, reforçando, ainda mais, a importância e a responsabilidade de sua atuação.

Por fim, deve-se atentar para a possibilidade de o risco de que as normas de direito material referentes aos cursos de águas internacionais não sejam efetivas estar sempre presente. Isso, de certo modo, é aceitável diante do desafio que representa a administração de um rio que passe por diversos territórios, compreendendo diferentes soberanias e interesses. Todavia, essa instrumentalização por intermédio de órgãos competentes para interpretar os dispositivos e minimizar os conflitos de entendimento é fundamental ao alcance da efetividade. Tais órgãos ditam formas de comportamento aos Estados, definindo, de modo implícito, valores comuns a guiarem a repartição e a utilização dos rios de modo equitável e razoável, sem que se causem danos substanciais a esses recursos.

### **11.15 As Comissões como instrumentalização para uma real efetividade das normas materiais**

A obrigação de cooperação decorre de prática proveniente de uma gestão integrada de recursos. Em relação aos Acordos *Charleville-Mézières* de 26 de Abril de 1994, verifica-se que, mesmo que os Estados signatários não tenham entrado em um

<sup>58</sup> GIDDENS, A.; BECK, U.; LASH, S. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1997.

consenso sobre a organização, pelo menos não de imediato, de uma gestão comum, isso não impediu a instituição, para o Rio *Escaut* e para o Rio *Meuse*, de uma “Comissão Internacional”. Trata-se, por excelência, do instrumento de auxílio proposto para o exercício de seus deveres de cooperação, visando à proteção e à melhora da qualidade dos rios, deveres outrora já estabelecidos pelo direito internacional do meio ambiente<sup>59</sup>.

De fato, o artigo 2º § 2º do Acordo dispõe que “para as necessidades da cooperação internacional sobre o *Escaut*, as Partes criam uma Comissão Internacional para a proteção do *Escaut* contra a poluição”<sup>60</sup>. O artigo 5º do Acordo indica as missões dessa Comissão que deve ser composta pelas delegações das partes contratantes. Essa Comissão constitui:

Sobretudo o lugar onde as partes pedem, trocam ou organizam informações indispensáveis para proteger ou melhorar a qualidade das águas, prepara, propõe, coordena ou avalia os programas ou políticas adotadas para esse efeito, e principalmente, completa ou desenvolve as cooperações requeridas para os mesmos fins<sup>61</sup>.

Esse tipo de Comissão não é, de modo algum, novo no cenário internacional. Os Estados Unidos e o México também estabeleceram uma comissão para o Rio Grande no tratado de 1944, chamada *Internacional Boundary Commission*, que possuía como principal objetivo a facilitação da realização das obrigações previstas no tratado de 1944.<sup>62</sup>

Assim sendo, essa organização intergovernamental deve ser portadora de uma dinâmica capaz de produzir um consenso na identificação das diretrizes de ação comuns a todos os Estados. A consequência direta do estabelecimento dessas comissões seria uma harmonização do comportamento dos diversos parceiros transfronteiriços, o que contribui diretamente para a transparência e para a coordenação da gestão de um curso de água internacional.

A Convenção de 1997 possibilita, por conseguinte, o estabelecimento de certas obrigações de cooperação para evitar a ocorrência de litígio entre os Estados ribeirinhos. Contudo, no caso de fracasso da aplicação das obrigações procedimentais, os procedimentos comuns de regulamento dos litígios intervirão para restabelecer as obrigações materiais e a cooperação entre as partes.

59 VERHOEVEN (J.), « Les accords de Charleville-Mézières du 26 avril 1994 sur l’Escaut et sur la Meuse », *Annuaire Français de Droit International*, 1997, p.806.

60 Accords de Charleville-mézières du 26 avril 1994, article 2 § 2, disponível em: [www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/escaut.pdf](http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/escaut.pdf).

61 VERHOEVEN (J.), « Les accords de Charleville-Mézières du 26 avril 1994 sur l’Escaut et sur la Meuse », *Annuaire Français de Droit International*, 1997, p.808.

62 Traité entre les Etats-Unis et le Mexique du 3 février 1944 sur le Rio Grande, article 2, disponível em: [www.ibwc.state.gov/Files/1944Treaty.pdf](http://www.ibwc.state.gov/Files/1944Treaty.pdf)

## 11.16 Referências

- BROMS (B.), « Natural Resources, sovereignty over », in BERNHARDT (R.) (ed.), *Encyclopaedia of Public International Law*, volume III, 1997, p. 523.
- CAFLISCH (L.), « La convention du 21 mai 1997 sur l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation », *Annuaire français de droit international*, 1997, p. 761.
- CAFLISCH (L.), « Règles générales du droit des cours d'eaux internationaux », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1989, VII, p.154.
- FITZMAURICE (M.), "The Gabcikovo-Nagymaros Case: The Law of Treaties", *11 Leiden Journal of International Law*, 1998, p. 321.
- FUENTES (X.), "The Criteria for Equitable Utilization of International Rivers", *British Yearbook of International Law*, 1996, p.36.
- GERVAIS (F.J.), "Affaire du Lac Lanoux, Etude critique de la sentence du tribunal arbitral", *Annuaire français du droit international*, 1960, p. 372.
- HIGGINS (R.), *Problems and Process: International law and how we use it*, Oxford, Oxford University Press, 1994, 274 p.
- KISS (A.), BEURIER (J-P.), *Droit International de l'Environnement*, Paris, Pedone, 2004, 503 p.
- MACCAFREY (S.), *The Law of International Watercourses*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 514 p.
- Nations Unies, *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1994, vol II, 2<sup>ème</sup> partie.
- Nations Unies, *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1995, vol II, 2<sup>ème</sup> partie.
- SALMON, (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001.
- SANDS (Ph.), *Principles of International Environmental Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 497 p..
- SETTE-CAMARA (J.), « Pollution of International Rivers », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1984, vol. III, 119 p..
- VERHOEVEN (J.), « Les accords de Charleville-Mézières du 26 avril 1994 sur l'Escaut et sur la Meuse », *Annuaire Français de Droit International*, 1997, p.799-809.

### **Jurisprudência internacional :**

Affaire Alabama (Etats-Unis c. Grande-Bretagne), 14 septembre 1872, Recueil des arbitrages internationaux, t. II, Paris, Pedone, 1923, p.789 et 796.



Jurisdiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder (Tchécoslovaquie, Danemark, France, Allemagne, Royaume-Uni, Suède, Pologne), 1929, CPIJ, Série A, arrêt n° 23.

Sentence arbitrale de la Fonderie de Trail (Etats-Unis c. Canada), 11 mai 1941, RIAA 1907, II.

Le détournement de l'eau de la Meuse (Pays-Bas c. Belgique), 1937, CPIJ, Série A/B, arrêt n° 81.

Affaire du Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), 1949, Recueil C.I.J.,

Sentence du Tribunal Arbitral sur l'Utilisation des eaux du Lac Lanoux (France c. Espagne), 1957. Sentence disponible sur R.G.D.I.P., 1958.

Plateau continental de la mer du Nord, (République fédérale de l'Allemagne c. Danemark ; République Fédérale de l'Allemagne c. Pays-Bas), 1969, Recueil C.I.J..

Compétence en matière des pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), fond, 1974, Recueil C.I.J.

Plateau continental (Tunisie c. Jamahiriya arabe lybienne), 1982, Recueil C.I.J.

Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), 1997, Recueil C.I.J.

### **Jurisprudência nacional:**

Aargau c. Zurich, Cour fédérale de Suisse, 1878, Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, vol. 14 (1), p. 442.

New Jersey v. New York, Cour suprême des Etats-Unis, 1931, 283 US 336.

Nebraska c. Wyoming, Cour suprême des Etats-Unis, 1945, 325 US 589.

### **Convenções e Declarações internacionais :**

Traité entre la Belgique et le Pays Bas « pour régler de façon permanente définitivement le régime du détournement de l'eau de la Meuse pour l'alimentation des canaux de navigation et d'irrigation », 1863.

Convention entre les Etats-Unis et le Mexique concernant la distribution équitable des eaux du Rio Grande pour l'irrigation, 1906.

Traité entre les Etats-Unis et le Mexique concernant l'utilisation des eaux du Colorado, Tijuana et du Rio Grande a partir du Fort Quitman, Texas, jusqu'au Golfe du Mexique, du 3 février 1944.

Règles d'Helsinki sur l'utilisation des eaux des rivières internationales, 1966.

Déclaration de Stockholm sur l'environnement, issue de la Conférence des Nations unies sur l'environnement, 1972.



Accord de Charleville-Mezière du 26 avril 1994 entre la République Française, le Royaume des Pays-Bas, de la Région Wallonne, de la Régions Flamande, de la Région Bruxelles-Capitale.

Convention des Nations unies sur le droit d'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, du 21 mai 1997.



# A Efetividade do Direito Internacional Ambiental

## Capítulo 12

### A EFETIVIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL DO MEIO-AMBIENTE: A JURISPRUDÊNCIA DA CEDH

José Antônio Tietzmann e Silva

## A EFETIVIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL DO MEIO-AMBIENTE: A JURISPRUDÊNCIA DA CEDH

*José Antônio Tietzmann e Silva<sup>1</sup>*

### 12.1 Introdução

A Corte europeia dos direitos humanos (CEDH) é um órgão que faz parte do sistema europeu de proteção dos direitos humanos. Ela se insere na estrutura do Conselho da Europa, organização internacional de cooperação criada em 1949<sup>2</sup> e que procura, entre outros<sup>3</sup>, defender os direitos humanos e assegurar a primazia do Direito no território europeu.

Dentre todas as missões do Conselho, convém ressaltar a importância atribuída à proteção do meio ambiente. Com efeito, o Conselho da Europa, desde muito cedo, assumiu uma missão, de escala pan-europeia, de contribuir para a proteção do meio ambiente natural. Isso se faz a partir de várias ações e documentos, que trabalham, num plano incitativo – sem, no entanto, serem banais –, para alcançar esse objetivo, como podemos notar nas palavras dos professores Alexandre KISS e Jean-Pierre BEURIER.

Desde o começo da “era ecológica”, o Conselho da Europa concentrou-se nos problemas do meio ambiente e ele podia fazê-lo, principalmente, porque, nos termos do artigo 1 de seu estatuto, ele pode ocupar-se de todas as questões, salvo aquelas relativas à defesa nacional. No entanto, o alcance prático de suas competências é limitado: o Comitê dos ministros, órgão que age em nome da organização, só pode adotar recomendações a serem dirigidas aos Estados-membros, e a unanimidade é a regra geral. Com efeito, o outro órgão principal do Conselho, a Assembleia Parlamentar, composta de membros designados pelos Parlamntos nacionais dos Estados-membros, desempenha o papel de porta-voz da opinião pública europeia. Assim sendo, os seus debates e as suas resoluções dirigidas ao Comitê de ministros refletem amplamente a problemática europeia de cada período e prefiguram as decisões que serão adotadas

1 Advogado brasileiro, Mestre em Direito do meio ambiente pela Universidade Internacional da Andalusia (Huelva, Espanha 2000), Mestre em direito do meio ambiente e urbanismo no Centre de recherches interdisciplinaires en droit de l'environnement, de l'aménagement et de l'urbanisme da Universidade de Limoges – CRIDEAU (Limoges, França, 2003), doutorando em direito do meio ambiente e do urbanismo no CRIDEAU.

2 O Conselho da Europa é a mais antiga (1949) organização política do continente. Ele reagrupa, hoje em dia, 46 países, sendo 21 da Europa central e oriental. Cinco outros Estados – que não se encontram no continente europeu – dispõem do estatuto de observadores dentro do Conselho, que são a Santa Sé, os Estados Unidos, o Canadá, o Japão e o México.

3 Com efeito, o Conselho da Europa tem como objetivos: defender os direitos humanos e a democracia parlamentar e assegurar a primazia do Direito; realizar acordos em escala continental para harmonizar as práticas sociais e jurídicas dos Estados-membros; favorecer a conscientização da identidade europeia fundada nos valores compartilhados, transcendendo as diferenças culturais; ser um ponto de encontro político e um vigia dos direitos humanos para as democracias pós-comunistas da Europa; ajudar os países da Europa Central e Oriental a levar a termo e consolidar as reformas políticas, legislativas e constitucionais paralelamente às reformas econômicas; fornecer um “knowhow” em áreas como os direitos humanos, a democracia local, a educação, a cultura e o meio ambiente.

em seguida em nível europeu ou em nível de legislação nacional<sup>4</sup>.

É assim que podemos contar com vários textos e ações, originárias da atividade do Conselho da Europa que tratam da proteção ambiental<sup>5</sup>. O professor Michel PRIEUR ressalta a importância contemporânea da atividade desse organismo para a proteção do meio ambiente natural.

O Conselho da Europa tem, também, no seu ativo, numerosas declarações de princípios relativas às grandes áreas do meio ambiente e o do ordenamento jurídico do território. Somam-se a isso a elaboração das várias convenções relativas, principalmente, à poluição da água por detergentes, ao transporte de animais, à proteção da vida selvagem e do meio natural na Europa (Berna, 19 de set. de 1979), à cooperação transfronteiriça das autarquias ou das autoridades (Madrid, 21 de Maio de 1980), e um projeto de convenção sobre a proteção dos solos (1990).<sup>6</sup>

É importante ressaltar que, além da Convenção de Berna – um elemento-chave para a proteção da vida selvagem na Europa<sup>7</sup> –, outras convenções foram produzidas no Conselho com o objetivo de proteger o meio ambiente: Lugano (1993)<sup>8</sup>, Estrasburgo (1998)<sup>9</sup> e Florença (2000)<sup>10</sup>.

Afirma-se, ainda, que a CEDH, ligada ao Conselho da Europa, é o organismo responsável pela aplicação da Convenção europeia dos direitos humanos (Convenção EDH), um texto que foi adotado em 1950<sup>11</sup>, representando a transposição regional da Declaração universal dos direitos humanos (DUDH).

De fato, a CEDH foi instituída em 1959 e recebe, hoje em dia, mais de 14.000 casos por ano, constituindo, indubitavelmente, o órgão jurisdicional internacional mais importante em matéria de direitos humanos.

Ora, é precisamente a jurisprudência desse Tribunal, interpretando um texto que tem mais de cinquenta anos, que nos interessa. Ela traz uma visão atual do direito do meio ambiente, bem como do direito ao meio ambiente: tanto um quanto outro encontram todos os elementos para a sua afirmação na jurisprudência da CEDH.

4 Cf. Alexandre KISS e Jean-Pierre BEURIER, *Droit international de l'environnement*, Paris : Pedone, 2004. p. 90.

5 Cita-se, a título de exemplo: a criação do Comitê europeu para a proteção da natureza e dos recursos naturais (1962); a Carta da água (1968); a Declaração de princípios para a luta contra a poluição do ar (1968); a Carta dos solos (1972).

6 Michel PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Paris: Dalloz, 2004. p. 46-47.

7 Foi com base nisso que o sistema comunitário Natura 2000 construiu-se. Ele integra duas diretivas – pássaros e *habitats* –, as quais utilizaram como inspiração a Convenção de 1979.

8 Convenção sobre a responsabilidade civil dos prejuízos que resultam de atividades perigosas para o meio ambiente, de 21 de Junho de 1993. Esse texto ainda não está em vigor.

9 Convenção sobre a proteção do meio ambiente pelo direito penal, de 4 de Novembro de 1998. Esse texto ainda não está em vigor.

10 Convenção europeia da paisagem, de 20 de outubro de 2000. Esse texto está em vigor desde 1º de março de 2004.

11 A Convenção EDH está em vigor para os países do Conselho da Europa desde 3 de setembro de 1953.

## 12.2 A contribuição da Convenção EDH à efetividade do direito ao/do meio ambiente

Pode-se pensar que um texto dos anos 50 não possua, entre as suas disposições, qualquer menção à proteção do meio ambiente natural como nós conhecemos hoje em dia. Com efeito, a Convenção EDH prevê unicamente disposições que visam a assegurar os direitos e liberdades fundamentais do homem, em conformidade com o que foi deliberado pela DUDH, em 1948<sup>12</sup>.

Convém notar, entretanto, que algumas das disposições da Convenção de 1950 podem originar uma interpretação que favorece – e permite – a proteção do meio ambiente natural, de maneira compreensiva. Desse modo, a paisagem, a qualidade do meio ambiente (e dos recursos naturais), o combate à poluição ou à urbanização inescrupulosa puderam aparecer em certos casos julgados pela CEDH.

Propomo-nos, assim, a verificar o papel ambiental da jurisprudência da CEDH com base em dois aspectos, nomeadamente: de um lado, as disposições pioneiras na afirmação desta jurisprudência; de outro lado, o direito à informação em matéria ambiental, sob a óptica do Tribunal.

### 12.2.1 Um meio ambiente de qualidade é o fundamento do direito à vida privada e familiar, bem como do próprio direito à vida

No âmbito dos casos relacionados à proteção do meio ambiente, há dois fundamentos essenciais destacados pelo Tribunal de Estrasburgo. O primeiro – pioneiro na matéria – é o artigo 8 da Convenção EDH, que assegura o direito à vida privada e familiar<sup>13</sup>; o segundo é o artigo 2 da Convenção, que garante o direito à vida<sup>14</sup>.

12 É assim que a Convenção EDH assegura os seguintes direitos: direito à vida (artigo 2); proibição da tortura (artigo 3); proibição da escravidão e do trabalho forçado (artigo 4); direito à liberdade e à segurança (artigo 5); direito a um processo equitativo (artigo 6); princípio da legalidade (artigo 7); direito ao respeito da vida privada e familiar (artigo 8); liberdade de pensamento, de consciência e de religião (artigo 9); liberdade de expressão (artigo 10); liberdade de reunião e de associação (artigo 11); direito ao casamento (artigo 12); direito a um recurso efetivo (artigo 13); proibição de discriminação (artigo 14).

13 Artigo 8. “1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, ao seu domicílio e à sua correspondência. 2. Pode haver ingerência de uma autoridade pública no exercício deste direito apenas se esta ingerência é prevista por lei e constitui uma medida que, numa sociedade democrática, é necessária à segurança nacional, à segurança pública, ao bem-estar econômico do país, à defesa da ordem e à prevenção das infrações penais, à proteção da saúde ou a moral, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem.” Do original, Article 8. «1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d’une autorité publique dans l’exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu’elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l’ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d’autrui».

14 Artigo 2. “1. O direito de todos à vida é protegido por lei. A morte não pode ser infligida intencionalmente, salvo na execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal onde o delito é punido desta penalidade pela lei. 2. A morte não é considerada como infligida em violação a este artigo quando resultar de um recurso à força absolutamente necessário: a) para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra a violência ilegal; b) para efetuar uma detenção regular ou para impedir a evasão de uma pessoa regularmente detida; c) para restringir, em conformidade com a lei, um motim ou uma revolta”. Do original, Article 2. «1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d’une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi. 2. La mort n’est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d’un recours à la force rendu absolument

## A - A proteção do meio ambiente segundo o artigo 8 da Convenção EDH

O artigo 8 da Convenção EDH é, indubitavelmente, a norma que constituiu – e que constitui ainda – o fundamento da jurisprudência ambiental da CEDH. Com efeito, esse artigo foi invocado na grande maioria das decisões *verdes*<sup>15</sup> do Tribunal, tendo sido aceito – ou rejeitado –, de maneira mais ou menos esperada, pelos seus juízes.

Tratando-se do direito à vida privada e familiar, invocado em matéria de meio ambiente, podemos citar um caso que estabelece o ponto de partida na jurisprudência da CEDH: o caso *Lopez Ostra c. Espanha*<sup>16</sup>. A respeito do fato, os juízes do Tribunal constataram a violação do artigo 8 da Convenção de 1950, tendo em vista que: ameaças graves ao meio ambiente podem afetar o bem-estar de uma pessoa e privá-la do gozo do seu domicílio de maneira a prejudicar a sua vida privada e familiar, sem, no entanto, colocar a saúde da interessada em grave perigo<sup>17</sup>.

Foi desse modo que a Sra. Lopez Ostra obteve satisfação dos anos de poluições e de danos provocados pela Estação de Tratamento que se encontrava a algumas centenas de metros da sua casa.

A posição adotada nesse caso, enfraquecida em certa medida no segundo julgamento do processo *Hatton*<sup>18</sup>, foi retomada pelos juízes de Estrasburgo no processo *Moreno Gomez c. a Espanha*<sup>19</sup>.

De fato, se o primeiro julgamento do processo *Hatton e outros c. o Reino Unido*<sup>20</sup> constatou a violação do artigo 8 assim como foi constatado<sup>21</sup> no caso *Lopez Ostra* – ou seja, reconhecendo que o barulho dos vôos noturnos do aeroporto londrino de Heathrow não permitia aos residentes gozar de sua vida privada e familiar – o julgamento de 2003<sup>22</sup>, diante da Grande Câmara, recuou<sup>23</sup>.

nécessaire: a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale; b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue; c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection».

15 Voir, à cet égard, le tableau qui se trouve à la fin de cet article. Il présente les principaux arrêts de la CEDH en matière environnementale, ainsi que les fondements invoqués par les parties et ceux qui en ont été retenus par la Cour.

16 Caso *López Ostra c. Espagne*, decisão de 9 de dezembro de 1994, série A, n° 303-C.

17 Cf. § 51 da decisão *Lopez Ostra* e § 60 da decisão *Guerra*.

18 De 8 de julho de 2003. Julgamento não unânime.

19 Caso *Moreno Gómez c. Espagne*, decisão de 16 de novembro de 2004, n° 4143/02.

20 *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, decisão de 2 de outubro de 2001, n° 36022/97.

21 *Mutatis mutandis*.

22 *Hatton et autres c. Royaume-Uni* [GC], decisão de 8 de julho de 2003, n° 36022/97, CEDH 2003-VIII.

23 Interessante ler o texto dos parágrafos 122 e 123 do julgamento, assim formulados: “122. (...) a proteção do meio ambiente deve ser levada em conta pelos Estados quando agem no âmbito da sua margem de apreciação e pelo Tribunal quando examina a questão da superação ou não desta margem, mas não é indicado que o Tribunal adote na matéria uma diligência específica que tenha um estatuto especial que é atribuído aos direitos ambientais do homem (...). 123. O Tribunal constata que o plano de 1993, relativo aos vôos noturnos, era uma medida geral que não visava os requerentes em especial, ainda que tenha provocado consequências para eles e para outras pessoas em uma situação análoga”. No entanto, as perturbações do sono alegadas pelos requerentes não prejudicaram um aspecto da vida privada (...) que justificavam deixar ao Estado apenas uma margem de apreciação muito estreita (...). De fato, é a regra normal aplicável às decisões de política geral (parágrafo 97 acima) tanto quanto ela pode ser invocada, mesmo no que diz respeito a medidas de caráter individual tomadas no âmbito de uma política geral (...). Se o Estado deve tomar em consideração os interesses específicos que ele tem de assegurar o respeito em virtude do artigo 8, é conveniente, em princípio, deixar-lhe a escolha dos meios empregados para preencher esta obrigação. Tendo em conta o caráter



Isso fez pensar em um retrocesso geral da jurisprudência ambiental da CEDH, que teria, talvez, ido demasiadamente longe na interpretação evolutiva do texto de 1950<sup>24</sup>.

No entanto, é com alegria que se constata que essa hipótese não foi verificada. Com efeito, a decisão no caso *Moreno Gomez* condenou o Estado espanhol pelo fato de ele ter “falhado na sua obrigação positiva de garantir o direito do demandante ao respeito do seu domicílio e de sua vida privada, infringindo assim o artigo 8 da Convenção”<sup>25</sup>. Com efeito, o controle das emissões sonoras das danceterias da região onde habita o requerente não conduziu a um respeito da legislação em vigor, um fato necessário em um bairro que conta com mais de uma centena desses estabelecimentos<sup>26</sup>.

Em um caso mais recente, o governo russo foi condenado, sob fundamento do artigo 8, em condições similares aos casos supracitados. Trata-se do processo *Fadaieva c. a Rússia*. Trata-se da poluição de uma aciaria, que provoca uma degradação nítida das condições de vida da população que vive nos arredores – essa empresa é responsável por cerca de 95% do volume total da poluição atmosférica da localidade onde vive o demandante<sup>27</sup>. A CEDH estatuiu assim em relação à violação do artigo 8.

Supondo que a poluição não causou um prejuízo quantificável à saúde do demandante, ela inevitavelmente tornou-o mais vulnerável às diversas doenças. Além disso, a poluição teve conseqüências indubitavelmente nefastas para a qualidade da sua vida e do seu domicílio. O Tribunal entende, assim, que o prejuízo real causado à saúde e ao bem-estar da interessada atingiu um nível suficiente para entrar no âmbito do artigo 8 da Convenção<sup>28</sup>.

E enfim, em um contexto ligeiramente diferente – a saber, que compreende os riscos tecnológicos – encontram-se os processos *Guerra e outros c. a Itália*<sup>29</sup> e *Taskin*

---

subsidiário da sua função de controle, o Tribunal limitar-se-á a examinar se tal solução adotada pode ser utilizada ou não para trazer um equilíbrio justo”. Do original, « 122. (...) La protection de l'environnement doit être prise en compte par les Etats lorsqu'ils agissent dans le cadre de leur marge d'appréciation et par la Cour lorsqu'elle examine la question du dépassement ou non de cette marge, mais il ne serait pas indiqué que la Cour adopte en la matière une démarche particulière tenant à un statut spécial qui serait accordé aux droits *environnementaux* de l'homme. (...) 123. La Cour constate que l'introduction du plan de 1993 concernant les vols de nuit était une mesure générale qui ne visait pas les requérants en particulier, même si elle a manifestement entraîné des conséquences pour eux et d'autres personnes se trouvant dans une situation analogue. Toutefois, les troubles du sommeil allégués par les requérants n'ont pas porté atteinte à un aspect de la vie privée (...) qu'elles justifiaient de ne laisser à l'Etat qu'une marge d'appréciation spécialement étroite (...). De fait, c'est plutôt la règle normale applicable aux décisions de politique générale (paragraphe 97 ci-dessus) qui semble être de mise en l'espèce, d'autant qu'elle peut être invoquée même en ce qui concerne des mesures de caractère individuel prises dans le cadre d'une politique générale (...). Si l'Etat est tenu de prendre dûment en considération les intérêts particuliers dont il a l'obligation d'assurer le respect en vertu de l'article 8, il y a lieu, en principe, de lui laisser le choix des moyens à employer pour remplir cette obligation. Vu le caractère subsidiaire de sa fonction de contrôle, la Cour se bornera à examiner si telle ou telle solution adoptée peut passer ou non pour ménager un juste équilibre ».

24 Cf. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, no artigo « La charte face au droit de la CEDH », in *Revue juridique de l'environnement (RJE)*, n° especial « La charte constitutionnelle de l'environnement en vigueur », dezembro de 2005, p. 199-207. A referência ao recuo da decisão da Grande câmara no caso *Hatton* é feita na página 201.

25 Cf. § 62 de l'arrêt.

26 Ver o § 49 de l'arrêt.

27 Ver os §§ 42 e 91 do caso.

28 Cf. § 88 da decisão.

29 *Guerra et autres c. Italie*, decisão de 19 de fevereiro de 1998, *Recueil des arrêts et décisions*, 1998-I.



e outros c. *Turquia*<sup>30</sup>.

O primeiro caso, como o processo *Lopez Ostra*, é um clássico da jurisprudência da CEDH. O Tribunal, decidindo sobre o pedido de um grupo de mulheres que vivem numa aldeia perto de uma fábrica classificada SEVESO, afirmou *que o Estado réu falhou à sua obrigação de garantir o direito dos demandantes ao respeito da sua vida privada e familiar, desrespeitando o artigo 8 da Convenção* pelo fato de que:

as demandantes permaneceram, até o cessamento da produção de adubos em 1994, à espera de informações essenciais que lhes teriam permitido avaliar os riscos que podem resultar para elas e suas famílias de continuar a residir no território de Manfredonia, uma cidade igualmente exposta ao perigo em caso de acidente na fábrica.<sup>31</sup>

O caso *Taskin*, por sua vez, refere-se a uma mina de ouro instalada na Turquia – apesar das decisões judiciais que proibiram a atividade –, suscitando a preocupação dos habitantes de várias aldeias arredores, pelo fato de ela explorar esse material pela técnica da lixiviação ao cianureto de sódio.

Na apreciação do caso, a CEDH concluiu, recordando ao mesmo tempo as razões utilizadas no caso *Lopez Ostra*, que o artigo 8 aplica-se igualmente:

quando os efeitos perigosos de uma atividade aos quais os indivíduos em causa correm o risco de serem expostos foram determinados no âmbito de um procedimento de avaliação do impacto no meio ambiente, de maneira a estabelecer uma relação suficientemente estreita com a vida privada e familiar na acepção do artigo 8 da Convenção. Se não fosse assim, a obrigação positiva do Estado – de adotar medidas razoáveis e adequadas para proteger os direitos dos indivíduos em virtude do parágrafo 1 do artigo 8 – é reduzida a nada<sup>32</sup>.

A aplicabilidade do artigo 8 da Convenção EDH na jurisprudência ambiental da Corte de Estrasburgo mostra-se madura, pelo fato de que as poluições e os danos são levados em conta da mesma maneira que os riscos provocados pelas atividades humanas. E, também, as suas conseqüências ambientais.

Emprega-se isso, igualmente, em casos que confrontam atividades privadas face aos direitos humanos protegidos pela Convenção EDH, ocasionando o surgimento do efeito horizontal [entre particulares] das decisões do Tribunal e, da mesma maneira, das obrigações positivas dos Estados em matéria de proteção do meio ambiente.

É importante ressaltar, no entanto, que a não aplicação dessa disposição, em nome da proteção do meio ambiente – nesse caso, da paisagem –, pode afetar outro

30 *Taskin et autres c. Turquie*, decisão de 10 de novembro de 2004, n° 46117/99, CEDH 2004.

31 Cf. § 60 da decisão.

32 Cf. § 113 da decisão.

elemento que integra igualmente o patrimônio ambiental, a saber, a cultura de um povo.

Com efeito, no caso *Buckley c. o Reino Unido*<sup>33</sup>, o Tribunal considerou que o artigo 8 não foi transgredido pelo reino da Inglaterra, cujas disposições locais de ordenamento fundiário impediram que a Sra. Buckley – cigana de nacionalidade britânica – vivesse em uma caravana, com a sua família, sobre o seu próprio terreno<sup>34</sup>.

De qualquer modo, destaca-se uma grande evolução nessa jurisprudência a partir da ligação entre as condições do meio ambiente e o direito à vida, como veremos em seguida.

B – Uma pequena revolução: o advento do artigo 2 na jurisprudência ambiental de Estrasburgo

O caso *Öneryildiz c. Turquia* é responsável por uma pequena revolução na jurisprudência ambiental do Tribunal de Estrasburgo. Com efeito, diante do pedido do Sr. Öneryildiz, o Estado turco foi condenado pela CEDH, em virtude da inobservância das obrigações positivas que o incumbiam em nome do respeito do direito à vida, em conformidade com o artigo 2 da Convenção de 1950.

Assim sendo, durante o processo, o Tribunal verificou as negligências recorrentes do Estado turco em relação à situação do requerente – que morava com sua mulher, sua concubina e suas crianças, em um casebre construído em um lixão<sup>35</sup> –, assim como o desrespeito do direito à informação em matéria de meio ambiente<sup>36</sup>.

De fato, o realojamento do requerente e de sua família ou o fato de tê-los informado sobre os riscos sofridos teria podido evitar a perda dos nove membros da família Öneryildiz, após uma explosão de origem metanogênica no lixão em questão.

Além disso, o Tribunal ressalta que os órgãos jurisdicionais internos não puderam satisfazer o direito invocado pelo Sr. Öneryildiz: o órgão jurisdicional penal não

33 Buckley c. Royaume-Uni, decisão de 25 de setembro de 1996, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-IV.

34 Ver, no mesmo sentido, o caso *Chapman c. Royaume-Uni*, de 18 de junho de 2001.

35 Esse espaço servia, há várias décadas, a vários municípios da aglomeração de Istambul.

36 Conforme o §§ 87 e 88 da decisão de 18 de junho de 2002: « 87. La Cour parvient ainsi à la conclusion qu'en l'espèce les autorités administratives savaient ou auraient dû savoir que les habitants de certains quartiers de taudis d'Ümraniye étaient menacés de manière réelle tant dans leur intégrité physique que dans leur vie, en raison des déficiences de la décharge municipale. Or, les autorités n'ont pas remédié à celles-ci et ne peuvent du reste passer pour avoir fait, dans le cadre des pouvoirs qui leur étaient conférés par les réglementations en vigueur, tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour prévenir la matérialisation des risques en question.

« Elles ont, de surcroît, manqué à leur devoir d'informer les habitants du quartier de Kazım Karabekir de ces risques, ce qui aurait pu permettre au requérant, sans entraîner un détournement irréaliste des ressources de l'Etat, d'évaluer les dangers graves pour lui et sa famille qu'il y avait à continuer à résider à proximité de la décharge d'Hekimbaşı (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt L.C.B., précité, p. 1404, §§ 40-41).

« 88. Dans ces circonstances, il y a lieu de constater une violation de l'article 2 de la Convention, de ce chef, à moins que les griefs du requérant puissent être tenus pour avoir été redressés au niveau interne par une mise en œuvre effective du mécanisme judiciaire qui y est prévu ».

pôde incriminar as autoridades tidas como responsáveis pelo acidente, enquanto que o órgão jurisdicional administrativo não foi eficaz no sentido de indenizar o requerente<sup>37</sup>.

O Tribunal apoiou-se, entre outros, na evolução das normas europeias na matéria, que confirmam uma sensibilidade crescente acerca dos deveres que incumbem aos poderes públicos nacionais na questão do meio ambiente, e, principalmente, quando se trata dos sítios de armazenamento de lixo domésticos e dos riscos inerentes à sua exploração<sup>38</sup>.

Essa decisão não é, certamente, a primeira a analisar uma ameaça ao direito à vida em matéria ambiental. A esse respeito pode-se citar, de um lado, o caso *LCB c. o Reino Unido*<sup>39</sup> e, de outro, o caso *Guerra*, já mencionado. O primeiro caso apresenta, de maneira dubitosa, a ligação entre o direito à vida<sup>40</sup> e o meio ambiente, pois a relação de causalidade entre a participação do pai do demandante nas atividades [nucleares] britânicas, nas ilhas *Christmas*, e a sua leucemia não foi demonstrada. No segundo caso, o Tribunal utilizou o artigo 8, considerando, assim, que o caso não deveria ser analisado sob o ângulo do artigo 2<sup>41</sup>.

Ora, em relação à competência no caso *Öneryildiz*, a inovação reside no fato de que o Tribunal, até então, não tinha estabelecido uma conexão direta entre o direito à vida e as condições do meio ambiente. E isso num contexto amplo, que compreende, igualmente, a evolução da normativa europeia.

Esse acórdão trouxe, igualmente, outra inovação: a CEDH reconheceu que o abrigo precário do requerente – ilegalmente construído em um lixão destruído na explosão – constituía o seu lar, e, por conseguinte, *Öneryildiz* merecia ser compensado pelo governo turco. Esse fato, aliado ao conjunto das considerações levantadas pelo Tribunal nesse acórdão, abre caminho para um reconhecimento futuro do direito a uma moradia decente, a ser assegurado por obrigações positivas dos Estados.

Nota-se, ainda, o direito à informação em matéria ambiental, um elemento que foi igualmente utilizado no caso *Öneryildiz*, como em outros casos.

37 Cf. § 121 da decisão de 18 de junho de 2002 : « Au vu des considérations *supra*, la Cour estime que les voies de droit exercées sur le plan national, même considérées dans leur ensemble, ne peuvent, dans les circonstances spécifiques de la cause, passer pour avoir respecté les exigences découlant de l'obligation procédurale qu'implique l'article 2 de la Convention ni, par conséquent, pour avoir assuré le redressement approprié des griefs du requérant au regard de cette disposition ».

38 Cf. §§ 53, 54 e 64 da decisão de 18 de junho de 2002.

39 *L.C.B. c. Royaume-Uni*, decisão de 9 de junho de 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-III.

40 Como previsto pelo artigo 2 da Convenção CEDH.

41 Cf. § 62 da decisão.

### 12.3 A informação, nas suas vertentes ativa e passiva em matéria de meio ambiente

Na Convenção EDH, é o artigo 10 que afirma o direito à liberdade de expressão. Ele declina, segundo o seu parágrafo primeiro, não apenas “na liberdade de opinião”, mas, também, “na liberdade de receber ou comunicar informações ou idéias”<sup>42</sup>.

As duas vertentes já foram evocadas diante do Tribunal, em diferentes casos, como veremos nas seguintes subseções.

#### A. A liberdade de expressão em matéria ambiental

No que diz respeito à liberdade de expressão – em outros termos, a informação ativa –, em matéria de meio ambiente, dois casos devem ser mencionados: *Steel e Morris c. Reino Unido*<sup>43</sup> e *Vazios Aizsardzibas Klubs c. Letônia*<sup>44</sup>. Num caso como no outro, os requerentes foram vítimas das suas ações, que buscavam proteger o meio ambiente. No primeiro caso, o ponto de partida é um folheto que ataca o McDonald’s, acusando-o, principalmente, de destruir florestas tropicais para criar bovinos, com o propósito de abastecer de carne os restaurantes McDonald’s nos Estados Unidos. No segundo caso, a associação “Clube para a proteção do meio ambiente” adotou uma resolução, dirigida a algumas autoridades letonas, exprimindo uma grave preocupação quanto à preservação da zona de dunas litorais numa localidade situada na borda do Golfo de Riga<sup>45</sup>. Esta resolução foi igualmente publicada na imprensa.

De qualquer modo, a CEDH decidiu que a ingerência exercida pelos Estados nos presentes casos, no direito assegurado pelo artigo 10 da Convenção EDH, não é *necessária numa sociedade democrática*<sup>46</sup>. Ela menciona, em um caso como no outro, a importância da liberdade de expressão numa sociedade democrática, que constitui uma das *condições primordiais do seu progresso e do desenvolvimento de cada um*<sup>47</sup>. E, mais precisamente no caso letão, o Tribunal constata que:

a resolução litigiosa tinha por principal objetivo chamar a atenção das autoridades públicas competentes para uma pergunta sensível de interesse público, qual seja, os disfuncionamentos num setor importante gerido pela administração local. Como organização não governamental especializada na área, o demandante exerceu seu papel de “cão de guarda” conferido

42 Art. 10. «1. Toute personne a droit à la liberté d’expression. Ce droit comprend la liberté d’opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu’il puisse y avoir ingérence d’autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n’empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d’autorisations. 2. L’exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l’intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l’ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d’autrui, pour empêcher la divulgation d’informations confidentielles ou pour garantir l’autorité et l’impartialité du pouvoir judiciaire».

43 *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, decisão de 15 de fevereiro de 2005, n° 68416/01, CEDH 2005.

44 *Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie*, decisão de 27 de maio de 2004, n° 57829/00.

45 Cf. § 8 da decisão.

46 Cf. artigo 10, § 2, da Convenção de 1950.

47 Cf. § 87 da decisão *Steel et Morris*; § 40, « a », da decisão *Vides Aizsardzibas Klubs*.

pela lei de proteção do meio ambiente. Tal participação de uma associação sendo essencial para uma sociedade democrática, o Tribunal considera que ela é semelhante ao papel da imprensa tal como foi definido pela sua jurisprudência constante (parágrafo 40 b) acima). Desse modo, para bem realizar a sua tarefa, uma associação deve poder divulgar fatos que interessem o público, dar-lhes uma apreciação e contribuir assim para a transparência das atividades das autoridades públicas<sup>48</sup>.

Convém, ademais, comentar uma última decisão, relativa à admissibilidade de uma petição inicial proposta pelo “Coletivo nacional de informação e oposição à Fábrica Melox - Coletivo Stop Melox e Mox” contra a França<sup>49</sup>. Nessa decisão, em que uma associação confrontou-se com o poder da indústria nuclear francesa, o Tribunal afirma a importância do papel das organizações na sociedade civil.

O Tribunal considera, entretanto, que tal abordagem não estaria de acordo com a realidade da sociedade civil atual, na qual as associações desempenham um papel importante, principalmente ao defender certas causas diante das autoridades ou das jurisdições internas, sobretudo na área de proteção do meio ambiente<sup>50</sup>.

O direito à informação comporta outra vertente, mais clássica em matéria de meio ambiente. Trata-se do direito de receber, de ter acesso a informações ambientais, um direito processual que é assegurado pela Convenção de Aarhus (1998<sup>51</sup>) e que é mencionado igualmente na jurisprudência de Estrasburgo.

## B. O direito à informação propriamente dito

Podem-se citar vários acórdãos que fizeram diretamente alusão ao direito à informação em matéria ambiental: os casos *Mc Ginley e Egan c. Reino Unido*<sup>52</sup>, *Guerra, Öneriyildiz, Taskin e Roche c. Reino Unido*<sup>53</sup>. É interessante notar, no entanto, que, em nenhum desses casos, o direito à informação foi tratado sob o ângulo do artigo 10 da Convenção: principalmente sob o ângulo da proteção do direito à vida privada e familiar, ou do direito à vida<sup>54</sup>, é que ele foi analisado pela CEDH<sup>55</sup>.

No que diz respeito ao caso *McGinley e Egan*, o Tribunal procurou estabelecer se o Estado tinha cumprido a sua obrigação positiva de fornecer informações aos

48 Cf. § 42 da decisão.

49 Decisão de 28 de março de 2006.

50 Cf. § 4 da decisão.

51 Convenção sobre o acesso à informação, a participação do público no processo de decisão e o acesso à justiça em matéria de meio ambiente, realizada em Aarhus, na Dinamarca, em 25 de Junho de 1998. Encontra-se em vigor desde 30 de Outubro de 2001.

52 *McGinley et Egan c. Royaume-Uni*, decisão de 9 de junho de 1998, *Recueil des arrêts et décisions*, 1998-III.

53 *Roche c. Royaume-Uni* [GC], decisão de 19 de outubro de 2005, n° 32555/96, CEDH 2005.

54 Artigos 8 e 2, respectivamente, da Convenção EDH.

55 Ressaltam-se, principalmente, os §§ 52 e 53 da decisão no processo Guerra, onde o Tribunal confirma a sua posição, lembrando que “a liberdade de receber informações, mencionada no parágrafo 2 do artigo 10 da Convenção, ‘proíbe um governo de impedir uma pessoa de receber informações que outros possuam ou possam consentir a fornecer-lhe’ (acórdão *Leander c. Suécia* de 26 de Março de 1987, série A n° 116, p. 29, § 74). A referida liberdade não deve ser compreendida como impondo a um Estado, em circunstâncias como as da espécie, obrigações positivas de coleta e de divulgação, *motu proprio*, de informações”.

requerentes, que, quando eram militares, tinham participado de ensaios atmosféricos de armas nucleares. A Corte distinguiu o caso em questão do processo *Guerra* pelo motivo que, neste último, não era contestado que os requerentes corriam risco devido à fábrica vizinha nem que o Estado possuía informações que lhes teriam permitido avaliar esse perigo e tomar medidas para evitá-lo, enquanto que os requerentes tinham demonstrado, somente, que uma série específica de documentos relevantes [os extratos de níveis de radiação] encontrava-se nas mãos das autoridades<sup>56</sup>.

No que diz respeito ao processo *Guerra*, o direito à informação foi tratado sob o ângulo do artigo 8 da Convenção. Com efeito, o Tribunal considerou que a ausência de informação dada aos demandantes, relativa aos riscos da fábrica SEVESO, instalada nas proximidades, resultou em uma insuficiência do Estado réu *na sua obrigação de garantir o direito dos demandantes ao respeito da sua vida privada e familiar*<sup>57</sup>.

No caso *Öneryildiz*, o direito à informação não foi afirmado unicamente pela decisão de 2002, mas foi confirmado, de maneira irrevogável, pela decisão da Grande Câmara. Nos seus argumentos, o Tribunal, no entanto, não fez alusão à Convenção de Aarhus. Mas a extensão desse direito é importante no acórdão em questão, já que ele é interpretado à luz do artigo 2 da Convenção, que consagra o direito à vida<sup>58</sup>. Evocando o direito internacional aplicável em matéria de informação sobre os riscos, a CEDH afirma que:

Tratando-se de tais atividades perigosas, o acesso do público a uma informação clara e exhaustiva é considerado como um dos direitos fundamentais da pessoa, e (...) em virtude da resolução 1087 (1996) supracitada, este direito não deve ser compreendido como limitado à questão dos riscos ligados à utilização da energia nuclear no setor civil<sup>59</sup>.

No que toca ao caso *Taskin*, o direito à informação é tratado de modo explícito quando a CEDH recorre ao direito internacional aplicável *in casu*. Com efeito, ela evoca o artigo 10 da Declaração do Rio (1992)<sup>60</sup>, a Convenção de Aarhus (1998), assim como a recomendação nº 1614 (2003)<sup>61</sup>, relativa ao meio ambiente e aos direitos humanos, realizada pela Assembléia parlamentar do Conselho da Europa.

No entanto, quando se trata de analisar o mérito do caso em relação à informação em matéria ambiental, a CEDH menciona-a de modo furtivo. Ela o faz apenas quando afirma que o público deve ter acesso às conclusões dos estudos de

56 Esta referência ao caso *McGinley et Egan* é feita no § 160 do caso *Roche*.

57 Cf. § 60 da decisão.

58 Com efeito, o direito à informação em matéria de meio ambiente é tido como uma das obrigações positivas impostas ao Estado no caso em questão: o fato de ter informado o requerente dos riscos incorridos poderia ter salvado a sua família do desastre ocorrido.

59 Cf. §§ 56 e 62, das decisões de 2002 e 2004, respectivamente.

60 Declaração do Rio sobre o meio ambiente e o desenvolvimento, documento nº A/CONF.151/26 (Vol. 1).

61 Adotada em 27 de junho de 2003.



impacto no meio ambiente, assim como às informações que permitem avaliar o perigo ao qual ele é exposto<sup>62</sup>. E isso sempre à luz do artigo 8 da Convenção de 1950<sup>63</sup>.

Por último, no que diz respeito ao processo *Roche*, o Tribunal considerou que as autoridades britânicas estavam sob o constrangimento de uma obrigação positiva de oferecer ao requerente um procedimento efetivo e acessível, capaz de assegurar-lhe acesso ao conjunto das informações relevantes e adequadas. Somente a partir disso, ele poderia avaliar todos os riscos aos quais poderia ter sido exposto durante a sua participação nos testes com o gás mostarda, em 1963<sup>64</sup>.

Verificaremos, em seguida, qual é o alcance das normas de direito internacional e supranacional em relação às decisões do Tribunal de Estrasburgo, já que elas fazem parte, de modo direto ou indireto, do seu substrato jurídico.

## 12.4 O direito internacional e supranacional nas decisões CEDH

Se os direitos internacional e supranacional dispõem de uma posição evidente na interpretação feita pelos juízes da CEDH da Convenção EDH, é, igualmente, interessante notar que a Corte pode irradiar sua competência para além do território do Conselho da Europa.

Em um caso como no outro, são os direitos internacional e supranacional – do meio ambiente, quando os julgamentos são relativos a essa matéria – que se manifestam, como veremos nas subseções seguintes.

## 12.5 A interpretação evolutiva da Convenção de 1950

Como já vimos, a CEDH é o órgão responsável pela aplicação da Convenção EDH, de 1950. É interessante notar, entretanto, que o Tribunal, nas suas decisões, utiliza – além do direito do Estado do réu aplicável – fundamentos dos direitos internacional e supranacional para justificar a sua interpretação do texto convencional.

Isso é realizado com base no princípio que governa a hermenêutica desse texto, nomeadamente, o da interpretação evolutiva dos casos. Ele encontra o seu fundamento nas regras de interpretação estabelecidas no próprio texto da Convenção EDH e na Convenção de Viena. E isso sem esquecer a engenhosidade hermenêutica

<sup>62</sup> Cf. § 119 da decisão.

<sup>63</sup> Essa posição foi lembrada em um caso semelhante, a saber, *Ockan e outros c. Turquia*, julgamento de 29 de março de 2006.

<sup>64</sup> Cf. § 162 do caso *Roche*.



demonstrada pelos juízes de Estrasburgo em cada caso<sup>65</sup>.

Esse princípio permite ao Tribunal considerar a evolução do conjunto normativo – internacional, europeu e comunitário – para interpretar o texto da Convenção EDH. Ora, isso possui um peso considerável em matéria ambiental, já que, de um lado, o texto da Convenção não prevê nenhuma disposição nesse sentido e, de outro, as normas internacionais e supranacionais evoluíram muito nas últimas décadas.

#### A – A consideração do direito internacional do meio ambiente

No que diz respeito ao direito internacional do meio ambiente, ele é mencionado três vezes na jurisprudência ambiental da CEDH, a saber, nos casos *Guerra*, *Öneryildiz* e *Taskin*<sup>66</sup>. No primeiro caso, trata-se de uma resolução da Assembléia parlamentar do Conselho da Europa – a resolução nº 1087.1996, sobre as consequências do acidente de Chernobil<sup>67</sup> –, que é empregada pelo Tribunal. Esse texto de direito internacional do meio ambiente fundamenta a obrigação positiva dos Estados de fornecer informações ambientais aos seus cidadãos, pelo fato de que:

Referindo-se não somente à questão dos riscos ligados à produção e à utilização da energia nuclear no setor civil, mas, também, a outras áreas, esta resolução enuncia que “o acesso do público a uma informação clara e exhaustiva (...) deve ser considerado como um dos direitos fundamentais da pessoa”<sup>68</sup>.

O processo *Öneryildiz* emprega vários documentos de direito internacional, dentre os quais, o documento supracitado. Com efeito, no primeiro como no segundo julgamento, os juízes de Estrasburgo utilizam: a) a resolução nº 587.1975, da Assembléia parlamentar do Conselho da Europa, relativa aos problemas apresentados pela evacuação de lixos urbanos e industriais; b) a recomendação nº 1225 (1993) desse mesmo organismo, relativa à gestão, ao tratamento, à reciclagem e à comercialização dos desperdícios; c) a recomendação nº R (96) 12, do Conselho de Ministros do Conselho da Europa, relativa à distribuição das competências e às responsabilidades entre autoridades centrais e coletividades locais e regionais na área do meio ambiente; d) a Convenção de Lugano sobre a responsabilidade civil dos prejuízos que resultam das atividades perigosas para o meio ambiente<sup>69</sup>; e) a Convenção de Estrasburgo sobre a proteção do meio ambiente pelo direito penal<sup>70</sup>.

Por último, o processo *Taskin* apóia-se em documentos de direito internacional do meio ambiente que afirmam os direitos à informação e à participação do público

65 A esse respeito, ver o artigo de Jean-Pierre MARGUÉNAUD, intitulado *Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, nos atos do simpósio sobre a Convenção europeia de Direitos Humanos e o poder judicial, realizado em Ancara, Turquia, nos dias 26-27 de setembro de 2003.

66 E em outros casos, onde essas foram utilizadas como precedentes, por analogia.

67 Documento adotado em 26 de abril de 1996.

68 Cf. § 34 da decisão.

69 ETS nº 150 – Lugano, de 21 de junho de 1993.

70 ETS nº 172 – Strasbourg, de 4 de novembro de 1998.

nos processos de decisão. De fato, esse julgamento cita o artigo 10 da Declaração do Rio (1992)<sup>71</sup>, a Convenção de Aarhus sobre o acesso à informação, a participação do público no processo de decisão, o acesso à justiça em matéria de meio ambiente (1998) e a recomendação nº 1614 (2003) da Assembléia parlamentar do Conselho da Europa, relativa ao meio ambiente e aos direitos humanos.

## B – O direito comunitário dentro de um espaço europeu

O direito comunitário do meio ambiente encontra, igualmente, o seu lugar na jurisprudência verde da CEDH. O acórdão *Öneryildiz* faz alusão a dois documentos de direito comunitário.

O primeiro é a decisão No. 2003/80, de 27 de Janeiro de 2003, do Conselho da União Européia, relativa à proteção do meio ambiente pelo direito penal. Essa decisão representava o acordo entre os (então) quinze membros da União Européia sobre a proteção penal do meio ambiente, já que a proposta de diretiva adotada pela Comissão em 2001<sup>72</sup> não poderia ser concluída, tendo em vista a ausência de competência comunitária na matéria. Desse modo, foi por meio de um julgamento sobre a análise da distribuição de competências na Comunidade que o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (TJCE) anulou toda a decisão de 13 de Setembro de 2005<sup>73</sup>.

O segundo documento consiste na proposta de diretiva da Comissão da União Européia, supracitada, de 13 de Março de 2001, modificada em 30 de Setembro de 2002, relativa à proteção do meio ambiente pelo direito penal.

A menção a esses dois documentos faz-se com o objetivo de demonstrar a tendência atual de reprimir mais severamente os danos ao meio ambiente, questão que é inseparável dos danos à vida humana<sup>74</sup>.

\* \* \*

O recurso às normas internacionais, supranacionais – e, mais especificamente, comunitárias – em matéria ambiental é um elemento que justifica a interpretação, pode-se dizer *ousada*, do texto da Convenção de 1950 pelo Tribunal.

De fato, é com base no artigo 53 da Convenção EDH, cf. *supra*, que os juízes de Estrasburgo podem avançar, de maneira extraordinária, nos seus julgamentos que têm a ver com a proteção do meio ambiente – e, mais particularmente, no reconhecimento implícito de um direito ao meio ambiente. E nesse sentido, os textos internacionais na

71 O texto da decisão faz alusão principalmente ao artigo 10.

72 COM (2001) 139, de 13 de março de 2001, *JOUE* nº C 180-E, de 26 de junho de 2001, p. 238.

73 Caso nº C-176/03, Grande Câmara, decisão de 13 de setembro de 2005.

74 Cf. § 61 da decisão.

matéria possuem um papel preponderante.

É necessário mencionar, no entanto, a ausência de um recurso mais corriqueiro às normas de direito internacional do meio ambiente ou às regras comunitárias nos casos. Elas poderiam aumentar, ainda mais, a hermenêutica da Convenção. E acreditamos que isso não é feito pelo simples fato de que a CEDH não pode obrigar um Estado a proteger, de modo geral, o meio ambiente, porque nenhuma disposição da Convenção de 1950 garante essa proteção geral<sup>75</sup>.

A interpretação de algumas disposições da Convenção pode, contudo, dar-nos a esperança de ler, um dia, num acórdão da CEDH, a determinação de uma espécie de ingerência ecológica nas atividades de um Estado.

## 12.6 Pensando em um *direito de ingerência ecológico relativo à jurisdição da CEDH*

O assunto é polêmico: falar de um direito de ingerência ecológico pode estressar o mais calmo dos juristas ligados ao direito do meio ambiente – ou, alegrá-lo. Assim sendo, após rápido estudo do conceito, veremos se esse não pode ser invocado por uma decisão do Tribunal de Estrasburgo.

### A – A ingerência ecológica: contornos e limites

Se levarmos em conta o conjunto de regras de direito internacional do meio ambiente e as confrontarmos com a realidade da governança ambiental – ou da utilização do desenvolvimento sustentável, como prevê a Agenda 21 – veremos que o caráter de *soft law* dessas regras acaba por impor-se perante a soberania dos Estados. Ou ainda, diante da falta de meios, de um lado, e do não respeito, pelos países desenvolvidos, aos compromissos assumidos junto à comunidade internacional, de outro<sup>76</sup>.

É desse modo que danos contra o meio ambiente natural e humano são cometidos ou ignorados todos os dias, em nome de interesses econômicos que consideram apenas o curto termo. E isso é feito de modo repetitivo com o aval – às vezes tácito, às vezes proposital – dos governos nacionais.

<sup>75</sup> Cf. § 52, *in fine*, da decisão *Kyrtatos c. Grèce*, de 22 de maio de 2003.

<sup>76</sup> Com efeito, se em 1992, na ocasião da Conferência de Rio de Janeiro, os países desenvolvidos comprometeram-se a contribuir com o desenvolvimento [duradouro] de seus congêneres não desenvolvidos com 0,7% do seu PNB, o último relatório das Nações Unidas relativo ao assunto (Conselho econômico e social das Nações Unidas, Comissão do desenvolvimento sustentável, relatório do Secretário geral intitulado “onde está o desenvolvimento sustentável: avaliação da aplicação da Ação 21, Programa relativo à continuação da aplicação de Ação 21 e o Plano de aplicação Johannesburg”, documento de 24 de Fevereiro de 2004, n° E/CN.17/2004/2) demonstra, indiretamente, que esse objetivo está longe de ser alcançado. No que diz respeito aos compromissos franceses, o professor Michel PRIEUR (*Droit de l'environnement*, op. cit., p. 45) afirma que “a França comprometeu-se, no Rio de Janeiro, a aumentar o seu esforço de ajuda pública ao desenvolvimento a 0,7% do PNB até o ano 2000”. Esta taxa era de 0,63% em 1992, 0,35% em 2002 e 0,38% em 2003.

Diante de tal situação, bem como diante da ausência de uma instância judicial internacional, capaz de forçar os Estados a respeitarem os documentos internacionais de proteção do meio ambiente, um conceito impõe-se: o da ingerência ecológica. Os seus contornos são indicados pelo professor Michel PRIEUR:

O direito ao meio ambiente pode também justificar a ingerência ecológica. A organização dos socorros ligados a uma catástrofe ecológica repousa sobre acordos de cooperação em matéria de segurança civil ou de luta contra a poluição dos mares pelos hidrocarbonetos (convenção de Londres de 1969). Mas à imagem da assistência humanitária fundada nas resoluções da Assembléia Geral das Nações Unidas (43-131 de 1988 e 45-100 de 1990), pode-se preconizar uma assistência ecológica com os capacetes verdes, intervindo automaticamente, sem necessidade de serem requeridos pelo Estado nacional, em casos de riscos ecológicos de grande envergadura. A iniciativa de certas associações do meio ambiente de criar tribunais internacionais não oficiais com a função de julgar os crimes ecológicos à imagem do tribunal da paz de Russel vem, também, de uma ingerência que tem objetivos mediáticos e pedagógicos (casos do Tribunal internacional da água na Holanda e da Corte internacional de arbitragem e de conciliação sobre o meio ambiente criada em México, em 1994)<sup>77</sup>.

Apesar do seu aspecto polêmico – como todo instrumento jurídico que visa ultrapassar a barreira da soberania dos Estados – esse conceito é visto cada vez mais pela comunidade internacional como uma solução. Ele foi igualmente objeto de uma resolução das Nações Unidas, como mostra Henri BARTOLI:

A comunidade internacional foi obrigada a admitir que o sacro santo princípio da soberania não pode opor-se à extensão de sua competência às “ameaças contra a vida humana” e “às ameaças à dignidade do homem”, que resultam das catástrofes naturais ou das situações de emergência da mesma ordem (resolução 43.131 de 6 de dezembro de 1992), ou “das ameaças contra a paz e a segurança internacionais (resolução 794 de 3 de Dezembro de 1992)”<sup>78</sup>.

Assim sendo, no âmbito de sua aplicação, convém ressaltar que a ingerência ecológica deve respeitar certos limites para não se transformar em uma espécie de guerra ambiental. E é precisamente nesse sentido que a sua utilização deve ser ditada por um organismo judicial, como é o caso da CEDH.

## B – O órgão jurisdicional da CEDH e a ingerência ecológica

A CEDH poderia, em um futuro próximo, receber uma petição inicial do hipotético Sr. SOUMSA, domiciliado na, igualmente hipotética, cidade de Arlot, em um país africano qualquer, em que ele reclamaria da contaminação da água potável da região por, a título de exemplo, urânio. Ora, esse material é explorado numa mina próxima,

<sup>77</sup> Michel PRIEUR, *Droit de l'environnement*, op. cit., p. 60.

<sup>78</sup> Henri BARTOLI, *Repenser le développement. En finir avec la pauvreté*, Paris: Unesco/Economica, 1999. p. 138.

por uma empresa de seu país cujo controle acionário pertenceria, por exemplo, a uma empresa francesa.

Aquele Senhor solicitou, no seu pedido inicial, que o governo francês lembrasse de suas obrigações positivas, no sentido de forçar a empresa em questão – uma empresa pública – a respeitar as regras de proteção do meio ambiente no exercício da sua atividade, de acordo com o direito à vida do requerente. Essas regras compreenderiam as francesas, as do país em questão e as do direito internacional.

Tal pedido inicial poderia ser admitido diante da CEDH?

Apesar de toda a esperança que nós, juristas do meio ambiente, pudéssemos ter, trata-se de uma situação pouco provável. De fato, é necessário considerar, de um lado, as limitações do texto da Convenção EDH e, de outro, as limitações encontradas na jurisprudência relativa à extraterritorialidade das decisões.

No que diz respeito ao primeiro elemento, sabemos que a Convenção de 1950 não faz alusão a um direito ao meio ambiente. Ela, também, não se insere em um contexto contemporâneo, em que os danos ambientais não se limitam às fronteiras de um Estado: as atividades econômicas, como os seus lixos, migram para outros Estados, em procura de condições mais adaptadas – ou seja, menos difíceis sob todos os aspectos.

Quanto ao segundo elemento, convém ressaltar que o reconhecimento da extraterritorialidade da jurisdição da Corte depende de uma interpretação precisa de um elemento do artigo 1 da Convenção, assim formulado: “As Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção”.

O elemento em questão é o vocábulo jurisdição. É, unicamente, quando, de maneira temporária ou perene, por meio de um ato legal ou ilegal, as *vítimas* dos atos de um Estado se encontram sob a jurisdição deste último. E isso implica, certamente, em uma ocupação do território estrangeiro.

Nesse sentido, a evolução da jurisprudência do Tribunal demonstra que os agentes de um Estado sujeito à sua jurisdição fazem que esta os siga em suas deslocações no exterior:

no caso *Ocalan c/Turquia* (CEDH 12 de Março de 2003, ADJA 2003, p. 1925), ela retoma, por sua conta, a solução consagrada pela Comissão no caso *Sanchez Illich Ramirez c/ França* (decisão de 24 de Junho de 1998, DR86, p. 155):

Os agentes de um Estado que operam no exterior dependem da competência da jurisdição da Corte. Em segundo lugar e sobretudo, o Tribunal acaba de confirmar de modo claro que as forças militares de um Estado membro que realizam uma ação no território terrestre de um Estado terceiro comprometem a sua responsabilidade segundo a Convenção europeia de direitos humanos (*Issa e outros c/Turquia*, prec.)<sup>79</sup>.

Ora, é precisamente com base em um parágrafo da decisão lançada no processo *Issa e outros* que pensamos a hipótese da extraterritorialidade da Convenção através da jurisprudência da CEDH.

Com efeito, a partir do momento em que o Tribunal delibera que o artigo 1 da Convenção EDH “*cannot be interpreted so as to allow a State party to perpetrate violations of the Convention on the territory of another State, which it could not perpetrate on its own territory*”<sup>80</sup>, uma interpretação análoga conduzir-nos-ia a condenações em matéria ambiental, como conhecemos hoje em dia.

Os fundamentos para tais decisões encontram-se, ao mesmo tempo, no texto de 1950 e no direito internacional do meio ambiente. Também não podemos negligenciar alguns casos levados diante das jurisdições internacionais, como é o caso da Corte internacional de justiça (CIJ), ou os litígios regulados diante dos órgãos próprios a certas convenções internacionais – por exemplo, a Convenção de Espoo (1991). Essas decisões constituem excelentes precedentes para regular esses possíveis novos casos da CEDH.

Além disso, convém recordar, principalmente para o nosso caso hipotético, que o sistema de proteção de direitos humanos é universal, pois esses direitos constituem, igualmente, um objetivo comum da humanidade. Conseqüentemente, uma cooperação estreita entre os diferentes organismos judiciais de proteção de direitos humanos seria interessante para conseguir levar diante da justiça as suas ameaças. É desse modo que, no nosso caso, as relações estreitas entre a CEDH e a Corte africana de direitos humanos (CADH) poderiam vir a satisfazer plenamente o direito à vida do nosso Sr. SOUMSA. Tal hipótese poderia demonstrar que a ligação entre os direitos humanos e o meio ambiente é forte e real, que não pode inclinar-se diante dos interesses econômicos imediatos.

79 Cf. Jean-François FLAUSS, em seu artigo « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (août 2004-janvier 2005) », *Actualité juridique droit administratif (AJDA)*, 14 de março de 2005, p. 541-551. A citação encontra-se na página 545.

80 Cf. § 71 da decisão *Issa e outros c. Turquia*, de 16 de novembro de 2004 (disponível unicamente em inglês). É verdade que neste caso o Tribunal não considerou o Estado turco culpado da incursão de certos elementos de seu exército no território iraquiano, fato que provocou a morte - em circunstâncias sombrias - de um grupo de pastores iraquianos. Os juizes de Estrasburgo não consideraram estas pessoas como dependentes da jurisdição turca, segundo o artigo 1 da Convenção de 1950.



## 12.7 Conclusão

Verificou-se, ao longo deste estudo, que a jurisprudência da CEDH consegue extrair de um texto que data de 1950 – a Convenção EDH – soluções para as preocupações ambientais expressas pelos litigantes. Ela exprime, assim, a efetividade de um texto de direito internacional do meio ambiente que não existe.

Além disso, o Tribunal de Estrasburgo consegue influenciar outros órgãos jurisdicionais – nomeadamente em nível dos Estados-membros –, que vêm, nas suas decisões, precedentes, já que a Corte constitui, finalmente, uma última instância judicial no âmbito do Conselho da Europa. É verdade que certos casos apontam os limites do sistema europeu de proteção dos direitos humanos. No caso da proteção do meio ambiente, é a afirmação do direito ao meio ambiente. Este último não pode ser afirmado pelo Tribunal, porque o texto de 1950 não o assegura; ele pode apenas ligar-se a outras disposições convencionais para satisfazer o pedido dos litigantes. É nesse sentido que aderimos à opinião de um número crescente de juristas do meio ambiente, a saber, que a Convenção EDH necessita de um Protocolo que a aproxime dos textos de seus congêneres: a Convenção americana relativa aos direitos humanos<sup>81</sup>, de um lado, e a Carta africana dos direitos do homem e dos povos, de outro<sup>82</sup>.

Os dois textos prevêem o direito do homem ao meio ambiente. Mas a sua eficácia é, no entanto, até agora, nula, já que, de um lado, o sistema interamericano não permite que se invoquem os direitos ditos de terceira geração diante da Corte interamericana e, de outro, a CADH acaba de se instalar e não dispõe, ainda, de uma jurisprudência na matéria.

A troca entre esses três sistemas regionais permitirá certamente um reforço da aplicabilidade dos textos de direitos humanos nos seus níveis de competência, bem como uma efetividade crescente do direito do meio ambiente – nos planos internos e internacionais. Esperamos que isso ocorra num futuro próximo.

<sup>81</sup> É o Protocolo de San Salvador da Convenção – adotada em San Salvador, El Salvador de 17 de Novembro de 1988, na décima oitava Sessão da Assembleia Geral, em vigor desde 16 de Novembro de 1999 – e não o seu texto original, que prevê, no seu artigo 11, o direito a um meio ambiente salubre, do seguinte modo: “1. Qualquer pessoa tem o direito de viver num ambiente salubre e de beneficiar-se dos equipamentos coletivos essenciais. 2. Os Estados-partes incentivarão a proteção, a preservação e a melhoria do meio ambiente”. A Convenção americana, relativa aos direitos do homem, foi adotada em 22 de Novembro de 1969, em São José, na Costa Rica, na Conferência interamericana sobre os direitos humanos.

<sup>82</sup> Adotado em 27 de Junho de 1981, em Nairóbi, Quênia, na décima oitava Conferência da Organização da unidade africana (OAU). Entrou em vigor em 21 de Outubro de 1986 após a ratificação da Carta por 25 Estados. Hoje em dia, 49 dos 52 membros da OAU ratificaram-no. O seu artigo 24 prevê que “todos os povos têm direito a um meio ambiente satisfatório e global, propício ao seu desenvolvimento”.



## 12.8 Referências

BARTOLI, Henri, *Repenser le développement. En finir avec la pauvreté*, Paris : Unesco/Economica, 1999, 205 p.

DEJEAN-PONS, Maguelonne, « Chronique des activités du Conseil de l'Europe dans le domaine de l'environnement et de l'aménagement du territoire 199-2003 », *Revue européenne de droit de l'environnement (REDE)*, n° 2/2004, septembre 2004, p. 151-180.

FLAUSS, Jean-François, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (août 2004-janvier 2005) », *Actualité juridique droit administratif (AJDA)*, 14 mars 2005, p. 541-551.

GHEZALI, Mahfoud, « Les nouveaux droits fondamentaux de l'homme », article in *Vers un nouveau droit de l'environnement ?*, Limoges : CIDCE, 2003, 736 p.

HANASHIRO, Olaya Silvia Machado Portella, *O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos*, São Paulo : Edusp/Fapesp, 2001, 172 p.

KISS, Alexandre et BEURIER, Jean-Pierre, *Droit international de l'environnement*, Paris : Pedone, 2004, 503 p.

LEME MACHADO, Paulo Affonso, *Direito Ambiental Brasileiro*. 12<sup>ème</sup> éd., São Paulo : Malheiros Editores, 2004, 1075 p.

MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, « Vols de nuit et droit européen des droits de l'homme », *Revue juridique de l'environnement (RJE)*, n° 2/2002, p. 171-181.

\_\_\_\_\_, « Observations sous l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme Önerildiz c/ Turquie du 18 juin 2002 », *Revue européenne de droit de l'environnement (REDE)*, n° 1/2003, mai 2003, p. 67-76.

\_\_\_\_\_, « Droit de l'homme à l'environnement et Cour européenne des droits de l'homme », *Revue juridique de l'environnement (RJE)*, n° spécial « La charte constitutionnelle en débat », septembre 2003, p. 15-22.

\_\_\_\_\_, « La charte face au droit de la CEDH », *Revue juridique de l'environnement (RJE)*, n° spécial « La charte constitutionnelle de l'environnement en vigueur », décembre 2005, p. 199-207.

PRIEUR, Michel, « La convention européenne du paysage », *Revue européenne de droit de l'environnement (REDE)*, n° 3/2003, octobre 2003, p. 258-264.

\_\_\_\_\_, *Droit de l'environnement*, Paris : Dalloz, 2004, 1001 p.

WINISDOERFFER, Yves, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue juridique de l'environnement (RJE)*, n° 2/2003, p. 213-228.

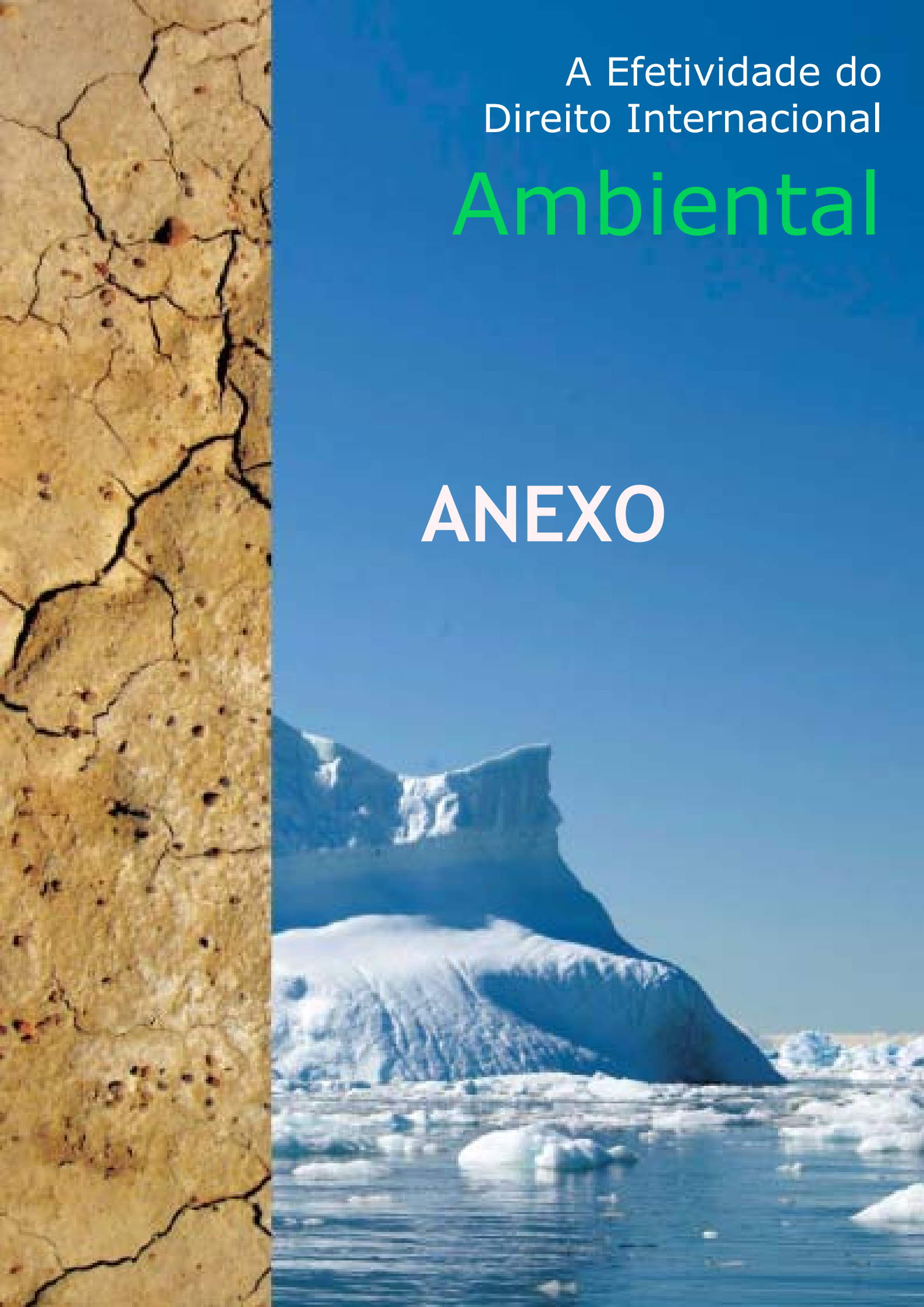
\_\_\_\_\_, « Convention européenne des droits de l'homme. Cour européenne des droits de l'homme, 22 mai 2003, affaire Kyrtatos c/ Grèce. Commentaire », *Revue juridique de l'environnement (RJE)*, n° 2/2004, p. 171-179.

\_\_\_\_\_, « Convention européenne des droits de l'homme. Cour européenne des droits de l'homme, 27 mai 2004, affaire Vides Aizsardzibas Klubs c/ Lettonie Vides ; et 15 février 2005, Steel et Morris c/ Royaume Uni. Note introductive », *Revue juridique de l'environnement (RJE)*, n° 2/2005, p. 163-181

A Efetividade do  
Direito Internacional

# Ambiental

ANEXO



## Anexo único

Tabela com alguns casos *A Cor Ambiental* na jurisprudência da CEDH

\* Julgamento não unânime em relação às disposições infringidas.

Nome do caso	Data do julgamento	Artigos evocados pelos requerentes	Artigos considerados como infringidos
Powell et Rayner c. Royaume Uni	21.02.1990	Art. 6 § 1 <sup>er</sup> ; art. 8; art. 13	Nenhum
Lopez Ostra c. Espagne	23.11.1994	Art. 3; art. 8	Art. 8
Buckley c. Royaume Uni	25.09.1996	Art. 8; art. 14	Nenhum*
Guerra et autres c. Italie	19.02.1998	Art. 2; art. 8; art. 10	Art. 8
McGinley et Egan c. Royaume Uni	09.06.1998	Art. 6 § 1 <sup>er</sup> ; art. 8	Nenhum*
LCB c. Royaume Uni	09.06.1998	Art. 2; art. 3; art. 8; art. 13	Nenhum
Chapman c. Royaume Uni	18.01.2001	Art. 6; art. 8; art. 14; art. 1 <sup>er</sup> , prot. 1	Nenhum*
Hatton et autres c. Royaume Uni	02.10.2001	Art. 8; art. 13	Art. 8*; art. 13*
Hatton et autres c. Royaume Uni	08.07.2003	Procédure de renvoi	Art. 13*
Öneryildiz c. Turquie	18.06.2002	Art. 2; art. 6 § 1; art. 8; art. 13; art. 1 <sup>er</sup> , prot. 1	Art. 2*; art. 1 <sup>er</sup> , prot. 1*
Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie	27.05.2004	Art. 10	Art. 10
Taskin et autres c. Turquie	10.11.2004	Art. 2; art. 8; art. 6 § 1; art. 13	Art. 8; art. 6 § 1
Moreno Gomez c. Espagne	16.11.2004	Art. 8	Art. 8
Öneryildiz c. Turquie	30.11.2004	Procédure de renvoi	Art. 2*; art. 1 <sup>er</sup> , prot. 1*; art. 13
Steel et Morris c. Royaume Uni	15.02.2005	Art. 6 § 1; art. 10	Art. 6 § 1; art. 10
Fadeieva c. Russie	09.06.2005	Art. 8	Art. 8
Roche c. Royaume Uni	19.10.2005	Art. 6 § 1; art. 8; art. 10; art. 13; art. 14; art. 1 <sup>er</sup> , prot. 1	Art. 8*
Ockan et autres c. Turquie	28.03.2006	Art. 2; art. 6 § 1; art. 8; art. 13	Art. 6 § 1; art. 8

